Die Scheinvollmacht

im System der Lehre von der Vertretungsmacht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Hans Heinrich Meyer
Gerichtsreferendar
aus Wesermünde

1925

Referent: Geh. Justizrat Prof. Dr. Oertmann.

Tag der mündlichen Prüfung: 25. November 1925.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung:

§ 1. Wesen und Grund der Vertretungsmacht 1

I. Aufstellung und Begrenzung des Begriffs „Scheinvollmacht".

§ 2. Die Lehre von der sogenannten stillschweigenden Bevollmächtigung 6

§ 3. Ein äußerer Tatbestand als objektive Grundlage der Scheinvollmacht 10

§ 4. Verschulden als subjektive Grundlage der Scheinvollmacht 14

§ 5. Umfang und Dauer der Scheinvollmacht. Haftung des Vertreters 19

II. Die Scheinvollmacht im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 6. Die durch die einem Dritten gegenüber oder durch öffentliche Bekanntmachung vorgenommene Bevollmächtigung erzeugte Scheinvollmacht 23

§ 7. Die durch Kundgebung der Bevollmächtigung erzeugte Scheinvollmacht 28

§ 8. Rechtfertigung des Prinzips der Scheinvollmacht aus dem Gesetz 33

Schluß:

§ 9. Die Scheinvollmacht als Form der Vertretungsmacht 36

Literatur.

Die bekannten Lehrbücher und Kommentare sind mit dem Namen des Verfassers ohne Zusatz zitiert. Bei den Kommentaren wurde überall die neueste Auflage benutzt, bei den Lehrbüchern teilweise ältere Auflagen, vom Lehrbuch von Enneccerus die 17.—21. Auflage. Die Angabe eines Namens mit dem Zusatz a. a. O. verweist auf das in diesem Verzeichnis angegebene Werk.

Affolter	Zur Lehre vom Vertrage, Arch. bürg. R. 8, 34.
Bekker	Sprachliches und Sachliches zum BGB, Jh. J. 49,1.
v. Blume	Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts, Jh. J. 48, 417 insbes. 429.
Blumenthal	Die Theorie der Erteilungs- und Widerrufserklärung bei den Vollmachten, Diss. Freiburg 1906.
Biermann, Joh.	Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, Gießener Festgabe für Dernburg, 1900.
Breit	Beiträge zur Lehre von der gesetzlichen Vertretung, Seuff. Bl. f. RA. 73, 841.
— —	Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, Sächs. A. 13, 283 (306).
du Chesne	Vollmacht und Genehmigung in Theorie und Praxis, Recht 1924, 33.
Clarus	Vollmacht und Geschäftsführung ohne Vertretungsmacht, Seuff. Bl. f. RA. 64, 161.
Danz	Zur Willens- und Erklärungstheorie, DJZ 1906, 1277.
— —	Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. 1911.
Flatau	Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal? Gruch. 52, 753.
Foller	Das Erlöschen der Vollmacht nach dem Recht des BGB, Diss. Jena 1903.
v. Gierke, Jul.	ZHR 70, 382.
Goldberger	Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach BGB, 1908.

Haußmann	Das Blankett, Gruch. 58, 289.
Hellwig	ZZP 29, 520.
Holländer	Die gewillkürte Stellvertretung, Berl. u. Leipz. 1910.
Holz	Fortwirken der erloschenen Vollmacht, Diss. Rostock 1901.
Hupka	Die Vollmacht, Leipzig 1900.
— —	Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 1903.
Isay	Geschäftsführung nach dem BGB, Fischers Abh. 1900 Bd. 6 H. 1.
Kipp	ZHR 57, 214.
Lax	Die Vollmacht nach dem BGB, Diss. Erlangen 1899.
Meyer, Herb.	Das Publizitätsprinzip im deutsch. bürgerl. Recht, Fischers Abh. Bd. 18 H. 2.
Mommsen	Zur Lehre von der rechtlichen Natur und der Erteilung der nach den §§ 167, 171, 172 des BGB begründeten Vertretungsmacht, 1889.
Müller-Erzbach	Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, Ziv. A. 109, 1.
Nändrup	Rechtscheinforschungen, H. 1: Begriff des Rechtscheins 1910.
Oertmann	Arch. bürg. R. 20, 74.
— —	Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Jh. J. 66, 208.
Regelsberger	Kr. V. J. Schr. 47, 284a.
Romeick	Zur Technik des BGB, Jahrb. d. Württ. Rechtspfl. Bd. 12, 121.
Rosenberg	Stellvertretung im Prozeß, 1908.
Rümelin, M.	Das Handeln in fremdem Namen im BGB, Ziv. A. 93, 131.
v. Seeler	Vollmacht und Scheinvollmacht, Arch. bürg. R. 28, 1.
Schloßmann	Die Lehre von der Stellvertretung, 1900 u. 1902.
Wellspacher	Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerl. Recht, Wien 1906.
Zitelmann	Recht des bürgerl. Gesetzbuches I, 1900.

Einleitung.

§ 1. Wesen und Grund der Vertretungsmacht.

Um das Wesen der Vertretungsmacht wird lebhaft gestritten. Man arbeitet mit den Ausdrücken: Befugnis und Fähigkeit, Dürfen und Können; man hält die Vertretungsmacht für ein Recht 1), für ein Rechtsverhältnis 2), oder man braucht nichtssagende Formeln 3); man verwechselt die Vertretungsmacht mit ihrem Entstehungsgrunde 4); man unterscheidet zwischen selbständiger und unselbständiger Vertretungsmacht, wobei diese nur deshalb bestehen soll, weil sie eingeschlossen in eine Vertretungsbefugnis zugleich mit dieser übertragen werde 5); man scheut sich, den Ausdruck Macht zu gebrauchen, weil tatsächlich keine Macht vorliege 6); man meint, da die Bevollmächtigung ein Rechtsgeschäft sei, müsse sie eine rechtsgeschäftliche Folge haben, also ein Rechtsverhältnis begründen: durch eine bloße Machterteilung werde aber noch kein Rechtsverhältnis begründet 5).

Im Grunde ist es die Frage, ob man die Vertretungsmacht als ein Recht oder als eine rechtliche Fähigkeit bezeichnen will; alles andere sind nur unklare Ausdrücke dafür. Mit der Unterscheidung von Macht und Befugnis und der Bezeichnung der Vertretungsmacht als einer rechtlichen Macht ist nichts gewonnen. Der Ausdruck „Macht" ist zwar richtig, aber er ist so allgemein, daß damit das Wesen der Vertretungsmacht nicht erklärt wird. Wir halten die Vertretungsmacht für eine rechtliche Fähigkeit, und zwar erklären wir sie als eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit 7).

Ein voll Geschäftsfähiger kann sich durch Rechtsgeschäft verpflichten. Er kann kaufen und verkaufen, weil er geschäftsfähig ist, also die rechtliche Fähigkeit dazu hat. Man kann nicht sagen, daß er ein Recht habe zu kaufen. Wer nun Vertretungsmacht hat, der hat nicht nur die Fähigkeit, sich selbst zu verpflichten, sondern darüber hinaus die, andere zu verpflichten und zu berechtigen. Das ganze Rechtsgeschäft, das jeder voll Geschäftsfähige für seine Person abschließen kann, kann er für die Person eines Dritten abschließen, und zwar kann er es vermöge einer Erweiterung seiner rechtsgeschäftlichen Fähigkeit,

1) Enneccerus § 68 I, 2b u. Anm. 4.
2) Mommsen a. a. O. 16 f.
3) Planck, vor § 164, 2; Staudinger § 164, 6.
4) Rosenberg a. a. O. 558.
5) Flatau a. a. O. 763 ff.
6) Rosenberg a. a. O. 117. ff.
7) so Tuhr S. 165; Biermann a. a. O. 109; Endemann § 80, 1.

d. h. seiner Geschäftsfähigkeit 8). Diese Erweiterung setzt nicht volle Geschäftsfähigkeit voraus; sie kann auch bei beschränkter Geschäftsfähigkeit eintreten. Von einem Recht, für fremde Personen zu kaufen, kann ebensowenig die Rede sein wie von einem Recht, für sich selbst zu kaufen. Die Besonderheit der Vertretungsmacht liegt darin, daß nicht einzelne Wirkungen des Geschäfts in den Rechtskreis des Dritten eintreten, sondern daß das ganze Rechtsgeschäft so wirkt, wie wenn es von ihm vorgenommen worden wäre.

Die Vertretungsmacht ist kein Recht, sie erzeugt auch nicht ohne weiteres Recht 9), aber sie gibt wie die Geschäftsfähigkeit die Möglichkeit, Recht zu erzeugen. Sie ist auch kein bloß objektiver Tatbestand; die Wirkung, daß der Vertretene unmittelbar gebunden wird, tritt nicht kraft Gesetzes ein, sondern weil der Vertreter es will. Er will, daß das von ihm vorgenommene Geschäft als fremdes Geschäft wirken soll; er äußert diesen Willen dadurch, daß er es im Namen des Vertretenen führt, und daß sein Wille einen rechtlichen Erfolg hat, beruht auf seiner erweiterten Geschäftsfähigkeit. Besäße er diese nicht, so würde sein Wille so wenig unmittelbar den gewollten Erfolg herbeiführen können wie der eines beschränkt Geschäftsfähigen. Vor dem Eintritt der vollen Geschäftsfähigkeit besteht eine beschränkte Geschäftsfähigkeit; relativ bedeutet also der Eintritt der Volljährigkeit auch eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit. Der Gedanke, daß eine Erweiterung über den normalen Grad hinaus eintreten könne, ist also nicht absurd 10). Es ergeben sich folgende Arten der Fähigkeit zu rechtlichem Handeln: Unfähigkeit, beschränkte Fähigkeit und unbeschränkte Fähigkeit, sich selbst zu verpflichten, sowie die Fähigkeit, andere unmittelbar zu verpflichten. Die ersten drei Formen bilden aufeinander folgende Stufen, die letzte Form tritt auf als eine Erweiterung der beschränkten oder der vollen Geschäftsfähigkeit.

Auch bei passiver Stellvertretung darf man von einer Vertretungsmacht im Sinne einer erweiterten Geschäftsfähigkeit sprechen. Weshalb hier ein Zwiespalt zwischen aktiver und passiver Stellvertretung entstehen soll 11), vermögen wir nicht einzusehen. Es hat doch auch die Geschäftsfähigkeit eine passive Seite, und daß bei der passiven Stellvertretung der Wille des Vertreters ausgeschaltet wird, weil zum Empfange von Erklärungen keine Willenstätigkeit vonnöten ist, das ist doch keine Besonderheit der passiven Vertretungsmacht.

Wer Vertretungsmacht hat, kann nicht nur im Namen des Vertretenen handeln, — das könnte er freilich auch ohne Vertre-

8) Der Begriff „Geschäftsfähigkeit" wird doch wohl nicht des juristischen Inhaltes entbehren (vom Begriff der „rechtlichen Fähigkeit" behauptet Rosenberg das a. a. O.)

9) Mommsen a. a. O. 17.

10) Die Behauptung, daß die Geschäftsfähigkeit einer Selbstkorrektur nicht zugänglich sei (so du Chesne a. a O.), muß erst noch bewiesen werden.

11) so v. Tuhr S. 165. Nach ihm ist die passive Vertretungsmacht nur eine rechtliche Eigenschaft des Vertreters. Ist denn die Geschäftsfähigkeit nicht auch eine rechtliche Eigenschaft? Wie v. Tuhr Enneccerus § 171 Anm. 2.

tungsmacht — sondern er kann mehr tun als das 12): er kann nämlich mit rechtlicher Wirksamkeit wollen, daß sein Handeln unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. Wenn er einmal Vertretungsmacht besitzt, dann ist das Entscheidende, was diese Wirkung erzeugt, nicht mehr der Wille des Vertretenen, sondern der Wille des Vertreters 13). Freilich tritt diese Wirkung auch dann ein, wenn jemand als Vertreter handelt, ohne zu wissen, daß er Vertretungsmacht hat. Der Vertretene wird hier ebenso gut gebunden, wie ein Volljähriger, der sich irrtümlich noch für einen Minderjährigen hält, durch seine Willenserklärung gebunden wird. Es ist also schon berechtigt, wenn dem Vertreter eine besondere rechtliche „Macht" zugeschrieben wird 14). Das Gegenteil wird nicht bewiesen durch den Einwand, daß bei Genehmigung eines von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossenen Geschäfts dieselbe Wirkung eintritt wie bei vorhergehender Bevollmächtigung zum Abschluß dieses Geschäftes und daß doch bei bloßer Genehmigung keine Rede von einer Macht sein könne 15). Der Fehler liegt hier darin, daß Genehmigung und Bevollmächtigung deshalb einander gleichgestellt werden, weil sie dieselbe Wirkung haben 16). Warum sollte man denn nicht auf verschiedenen Wegen zu demselben Ziele kommen können? Ein von einem Minderjährigen geschlossenes Geschäft ist wirksam, wenn der gesetzliche Vertreter es genehmigt. Es tritt also dieselbe Wirkung ein, wie wenn ein voll Geschäftsfähiger es geschlossen haben würde. Gleichwohl wird niemand deshalb dem Begriff der Geschäftsfähigkeit die Bedeutung absprechen 17).

Nachdem wir das Wesen der Vertretungsmacht erkannt haben, müssen wir eine Antwort suchen auf die Frage nach der Befugnis, von ihr Gebrauch zu machen. Die Formel, daß die Befugnis ein Bewirkendürfen im Gegensatz zum Bewirkenkönnen bedeute 18), entbehrt der juristischen Schärfe. M. E. ist die Befugnis ein gegen den Vertretenen gerichtetes Recht des Inhalts, daß dieser, soweit der Vertreter im Rahmen dieses Rechtes handelt, dessen Handlungen gegen sich gelten lasse. Die Macht und das Recht zur Vertretung sind bei der Vollmacht beide Folgen der Bevollmächtigung, gleichwohl aber scharf zu trennen 19). Die Macht besteht ihrer Natur nach jedem, das Recht nur dem Vertretenen gegenüber. Der Umfang der Macht wird allein durch die Bevollmächtigung bestimmt, das Recht kann als interne Angelegenheit durch Abmachungen zwischen dem Vertretenen und dem

12) anders Rosenberg a. a. O. 117.
13) vgl. dazu Holländer a. a. O. 18.
14) Ueber die terminologische Bedeutung des Ausdrucks „Macht" vgl. Goldberger a. a. O. § 1 Anm. 10.
15) Rosenberg a. a. O. 117. ff; v. Blume a. a. O. Anm. 2.
16) s. dazu Holländer a. a. O. 21 ff.
17) Der unangenehmen Notwendigkeit, das Wesen der Vertretungsmacht zu erklären, wird man auf billige Weise enthoben, wenn man sie wie Foller a. a. O. als ein besonderes Rechtsinstitut bezeichnet, das keiner Erklärung bedürfe.
18) Hupka a. a. O. 21.
19) anders v. Seeler a. a. O. 3. f.

Vertreter, die häufig einen Teil des sog. Grundgeschäfts bilden werden, beschränkt oder ganz aufgehoben werden. Die Ausübung der Macht ohne ein Recht dazu kann unerlaubte Handlung oder Verletzung von Vertragspflichten sein. Zu der Annahme, daß auch die Befugnis zur Vertretung bei der Vollmacht aus der Bevollmächtigung und nicht etwa aus dem Grundverhältnis folge, ist man deshalb genötigt, weil ein Grundgeschäft gar nicht notwendig vorzuliegen braucht. In diesem Recht liegt dann auch die rechtsgeschäftliche Folge, die die Bevollmächtigung als Rechtsgeschäft haben muß 20).

Wie wird nun die Erweiterung der Geschäftsfähigkeit, von der wir reden, herbeigeführt? Aus dem Gesetz ergeben sich zwei Entstehungsgründe: die Willenserklärung des Vertretenen (Bevollmächtigung) und die gesetzliche Anordnung. Betrachten wir zunächst die Bevollmächtigung.

Sie ist eine Einwilligung des zu Vertretenden in die zukünftigen Vertretergeschäfte des Vertreters. Der Grund für die Erweiterung der Geschäftsfähigkeit ist hier also der Wille des Vollmachtgebers, nennen wir ihn A, den das Gesetz anerkennt. Dieser Wille kann nicht unmittelbar darauf gehen, daß irgendein vom Vertreter V geschlossenes Geschäft unmittelbar für A wirke. Ob V seine Geschäfte im Namen des A schließen will, das hängt vielmehr von *seinem* Willen ab. Der Wille des A kann nur dahingehen, daß V Vertretungsmacht erhalten soll, d. h. die Fähigkeit, den A an ein von ihm geschlossenes Geschäft derart zu binden, daß dieses Geschäft alle seine Wirkungen in der Person des A äußert. Ob V von dieser Fähigkeit Gebrauch machen will, das muß ihm überlassen bleiben. A veranlaßt also durch seine Willenserklärung den Eintritt einer erweiterten Geschäftsfähigkeit des V. Daneben liegt nicht in der Bevollmächtigung etwa die Uebernahme der Pflicht, das von V geschlossene Geschäft für und gegen sich gelten zu lassen. Wenn V einmal Vertretungsmacht hat, dann tritt diese Wirkung kraft Gesetzes ein. Zu beachten ist, daß A sie auf einen bestimmten Dritten beschränken kann, indem er die Bevollmächtigung nur ihm gegenüber erklärt.

Die so durch Bevollmächtigung erzeugte, auf dem Willen des A beruhende Vertretungsmacht nennt das Gesetz Vollmacht 21). Daneben steht die gesetzliche Vertretungsmacht. Sie wird gewöhnlich negativ begrenzt: jede Vertretungsmacht, die nicht Vollmacht ist, wird als gesetzliche Vertretungsmacht bezeichnet. Dabei wird gelegentlich, weil das Gesetz die Bezeichnung „gesetzliche Vertretung" — besonders den Ausdruck „gesetzlicher Vertreter" — in technischem Sinne gebraucht 22), zwischen gesetzlicher Vertretung in weiterem und in engerem Sinne unterschieden, wobei man den engeren Sinn dann

20) vgl. dazu die Ausführungen von Flatau a. a. O. 763 ff., die manchen richtigen Gedanken, aber auch manche falsche Behauptung und unrichtige Schlußfolgerung enthalten.

21) Man sollte sich endlich daran gewöhnen, zwischen Bevollmächtigung, Vollmacht und Vollmachtsurkunde sauber zu unterscheiden! Gänzlich verfehlt ist die Terminologie, die Foller a. a. O. aus dem Gesetz herausliest.

22) Zur technischen Bedeutung vgl. Breit a. a. O.

annimmt, wenn das Gesetz technisch vom „gesetzlichen Vertreter" spricht 23). Um diesen technischen Sinn, der z. B. für § 278 und für die ZPO wichtig ist, geht es uns hier nicht; wir suchen vielmehr nach einer dogmatischen Begrenzung des Begriffes. Die rein negative Begrenzung kann uns so wenig befriedigen wie die Auffassung von Rosenberg, der von einer gesetzlichen Vertretungsmacht dann spricht, wenn dem Vertretenen jede Beeinflussungsmöglichkeit fehlt 24). Nach unserer Ansicht sollte man von einer gesetzlichen Vertretung nur da reden, wo das Gesetz jemand eine Vertretungsmacht gibt um einer von ihm eingenommenen bestimmten Stellung willen 25). Diese Stellung muß der Ausdruck eines besonderen vom Gesetze geregelten Verhältnisses sein, das irgendwie über bloß obligatorische Verhältnisse von vorübergehender Dauer hinausgeht. Die Macht muß dazu dienen, dem Vertreter die Ausführung der sich für ihn aus diesem Verhältnis ergebenden Pflichten zu ermöglichen 26). Die Vertretungsmacht wird nicht statuiert dem Vertretenen oder einem Dritten zu Liebe, sondern um das Rechtsinstitut, zu dem sie gehört, überhaupt zu ermöglichen oder doch praktisch auszugestalten 27). Der bloße Umstand, daß das Gesetz in einer Vorschrift eine Vertretungsmacht erwähnt, kann nicht genügenden Anlaß geben, von einer gesetzlichen oder auf Gesetz beruhenden Vertretungsmacht zu reden. Es ist z. B. klar, daß die in § 370 28) festgelegte Vertretungsmacht ihrem Wesen nach eine Vollmacht ist. Aehnlich liegt es bei den §§ 171, 172, von denen unten ausführlich zu reden sein wird.

Wenn das Gesetz irgendwo eine Vertretungsmacht erwähnt, müssen wir also immer erst prüfen, ob wir es mit einer gesetzlichen Vertretungsmacht oder mit einer gesetzlich geregelten Vollmacht zu tun haben oder ob etwa eine dritte Art der Vertretungsmacht vorliegt 29). Die Prüfung der Frage, ob man alle Fälle der Vertretungsmacht unter die beiden Kategorien Vollmacht und gesetzliche Vertretungsmacht bringen kann oder ob man genötigt ist, eine dritte Erscheinungsform der Vertretungsmacht anzunehmen, und wenn man sie annehmen muß, ihre nähere Bestimmung ist die Aufgabe dieser Arbeit.

---

23) Enneccerus § 168 I, 1.

24) a. a. O. 547.

25) so vielleicht auch Planck vor § 164, 2; Crome § 104 II.

26) z. B. familienrechtliche Pflichten, korporative Pflichten („Stellung eines gesetzlichen Vertreters").

27) Aus dem letzten Grunde gehört z. B. § 1357 hierher.

28) Für den Fall, daß der Ueberbringer der Quittung als Stellvertreter auftritt. Er kann auch als Bote auftreten. S. dazu Biermann a. a. O. 93.

29) Nicht befriedigen kann es z. B., wenn Goldberger a. a. O. § 1 Anm. 10 in den Fällen, wo das Gesetz eine Vertretungsmacht zugunsten eines gutgläubigen Dritten statuiert, von einer Vertretungsmacht „kraft Gesetzes" spricht, dabei aber darauf hinweist, daß sie nicht auf eine Stufe zu stellen sei mit den Fällen, in denen man von gesetzlicher Vertretungsmacht redet.

I. Aufstellung und Begrenzung des Begriffs „Scheinvollmacht".

§ 2. Die Lehre von der sog. stillschweigenden Bevollmächtigung.

Im Rechtsleben, das sich natürlich nicht darum kümmert, ob es sich in systematisch geordneten Bahnen bewegt, hat sich eine Form der Vertretungsmacht ausgebildet, deren wissenschaftliche Erfassung einige Schwierigkeiten bereitet. Das Gesetz ist dem hier zu Tage tretenden Verkehrsbedürfnis entgegengekommen dadurch, daß es einige darauf sich beziehende Vorschriften gibt, und hat dadurch Verwirrung in die Einfachheit eines auf den beiden Formen der gesetzlichen Vertretungsmacht und der Vollmacht aufgebauten Systems der Lehre von der Vertretungsmacht gebracht.

Die Fälle, um die es sich handelt, lassen sich im wesentlichen darauf zurückführen, daß im Verkehr aus einem bestimmten Verhalten zweier Personen geschlossen zu werden pflegt, daß die eine die andere bevollmächtigt habe. Von der Rechtsordnung wird verlangt, daß sie diesen Schluß und die infolge dessen vorgenommenen Geschäfte anerkenne. Es sind die Fälle, in denen man von stillschweigend erteilter Vollmacht zu reden pflegt. Der Tatbestand ist vielgestaltig. Im einzelnen liegt es gewöhnlich so, daß entweder A den B mit der Besorgung von Geschäften betraut, zu deren Ausführung eine Vollmacht erforderlich ist; oder daß er ihm eine Stellung einräumt, mit der üblicherweise eine Vollmacht bestimmten Umfanges verbunden ist; oder daß er fortgesetzt duldet, daß B sich als sein Vertreter aufführt, und dessen Vertreterhandlungen gegen sich gelten läßt. Der Umfang der Vertretungsmacht wird dann so bemessen, daß sie als entstanden gilt für alle Geschäfte, die notwendiger- oder doch üblicherweise in den Kreis der übertragenen oder besorgten Geschäfte fallen.

Darüber, daß hier eine Vertretungswirkung anerkannt werden muß, ist man sich im allgemeinen einig. Die gerichtliche Praxis, die sich oft mit solchen Fällen beschäftigt hat, macht sich keine Sorgen um deren theoretische Erfassung; sie entscheidet nach dem Verkehrsbedürfnis und hat im allgemeinen richtig entschieden. Sie arbeitet wahllos und planlos mit dem Grundsatz von Treu und Glauben, läßt sich entweder daran genügen oder leitet daraus eine stillschweigende Bevollmächtigung ab und stützt dann die Vertretungsmacht darauf, ohne näher auf diesen Begriff einzugehen 1).

1) RGE. 22, 70; 23, 250; 43, 188; 65, 292; 74, 321; 81, 257; 87, 144; 100, 48; 105, 183. RG Warn. 6 Nr. 130. OLG 17. 44; Seuff. A. 59 Nr. 177, 72 Nr. 131, 78 Nr 62; Recht 1917 Nr. 169, 1918 Nr. 339 u. 669; Leipzig Z. 1919, S. 166[3]; Gruch. 52, 937.

Die in der Theorie herrschende Auffassung führt in allen diesen Fällen die Vertretungsmacht auf den Willen des Geschäftsherrn zurück 2). Sie geht davon aus, daß abgesehen von bestimmten Ausnahmen eine Bevollmächtigung nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht und behauptet, daß hier der Bevollmächtigungswille durch konkludente Handlungen stillschweigend erklärt werde. Aus einem äußeren Verhalten — schlimmstenfalls aus vollkommener Passivität — des A wird ein Schluß auf einen inneren Bevollmächtigungswillen gezogen. Als Grundlage der Vollmacht wird also immer, wie sich auch schon aus der Bezeichnung „stillschweigende Bevollmächtigung" ergibt, ein wirklicher oder fingierter Wille des A angesehen. Es muß zugegeben werden, daß in der Tat der Schluß aus dem Verhalten des A auf einen Bevollmächtigungswillen oft richtig ist; aber ebenso häufig wird es sein, daß A nichts weniger als eine Bevollmächtigung gewollt hat. Deshalb weiß jeder, der den Schluß auf einen inneren Bevollmächtigungswillen zieht, daß dieser Schluß nicht zwingend ist. Würde der Dritte nur dann von der Rechtsordnung geschützt werden, wenn der angenommene Wille dem wahren Willen entspricht, so würde also ein spekulatives Moment in seine Dispositionen hineinkommen. Oft wird es dem A nicht schwer fallen, den Gegenbeweis gegen die Schlüssigkeit seiner Handlungen zu führen. Er kann aus verschiedenen Gründen diese Handlungen ohne einen Bevollmächtigungswillen vorgenommen haben; er kann sich sogar ausdrücklich dagegen verwahrt haben, daß man aus seinen Handlungen einen Bevollmächtigungswillen folgere 3). Wenn hier durch den Nachweis, daß ein solcher Wille gefehlt hat, der Vertretungsmacht der Boden entzogen werden könnte, so würde das eine unerträgliche Erschütterung der Verkehrssicherheit bedeuten. Die meisten Vertreter der herrschenden Lehre erkennen daher an, daß unter Umständen der Glaube an die Vertretungsmacht geschützt werden muß, auch wenn nachgewiesen wird, daß ein Wille zur Bevollmächtigung nicht vorhanden war. Um diese Wirkung zu erreichen, machen sie sich aber einer sonderbaren Inkonsequenz schuldig: sie erklären nach wie vor für die Grundlage der Vertretungsmacht den Willen des Geschäftsherrn, behandeln aber die Frage nach dem Vorliegen und dem Umfang der Vertretungsmacht vom Standpunkt des Dritten aus. Um die Vollmacht aufrecht zu erhalten, sind sie genötigt, dem A einen Willen zu unterstellen, den er gar nicht hat; wenn A dem B verboten hat, sich so aufzuführen, als ob er Vertretungsmacht habe, wird ihm sogar ein Wille unterstellt, den er ausgesprochenermaßen nicht hat. Das erscheint gewaltsam und widersinnig 4). Man müßte hier mit einer unwiderleglichen Vermutung oder mit der Fiktion einer stillschweigenden Willenserklärung arbeiten, und

---

2) v. Tuhr S. 393 ff; Planck § 167 Erl. 6; Rehbein, Erl. II, 1; Oertmann Erl. 2 u. 4; RGR Erl. 1; Warn. Erl. 2; Hupka a. a. O. 119 ff. Abgelehnt wird die Willenstheorie von Danz a. a. O. 1281 f., der von der Erklärungstheorie ausgeht.

3) S. Goldberger a. a. O. 11. ff.

4) Goldberger a. a. O. 11. ff; Staudinger § 167, 5; v. Seeler a. a. O. 5; Affolter a. a. O. 34; Schloßmann a. a. O. 497 ff.

das zu tun wäre bedenklich, denn es würde dem Grundsatz des § 133 widersprechen, von dem nur da abgewichen werden sollte, wo das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Außerdem ist zu beachten, daß der Dritte gar nicht auf einen Willen des Geschäftsherrn schließen wird, sondern angesichts der äußeren Umstände sich nur sagt, daß V Vertretungsmacht für A habe, daß also V und A in einem Vertretungsverhältnis stehen. Nur mittelbar kann er weiter folgern, daß dann A den V auch irgendwann einmal bevollmächtigt haben müsse; so weit zurück wird er aber in seinen Folgerungen aus dem äußeren Tatbestande selten gehen 5). Hupka 6) sucht sich gegen die Unbilligkeit, die in der Zulassung des Gegenbeweises gegen die Schlüssigkeit der Handlungen des Vertretenen liegen würde, dadurch zu verwahren, daß er, wenn dessen Verhalten oder das Verschweigen seines dem Schein widersprechenden Willens auf einem vorsätzlichen Verschulden beruht, eine unbeachtliche Mentalreservation annimmt — gewiß eine gekünstelte Konstruktion. Fehle es an einem vorsätzlichen Verschulden, so müsse dem A wohl die Möglichkeit einer Anfechtung seiner stillschweigenden Willenserklärung gegeben werden. Gemeint sein kann hier nur ein Anfechtungsrecht des A aus dem Grunde, daß er „eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte". Dabei wird übersehen, daß A nicht eine Erklärung dieses Inhaltes nicht abgeben, sondern überhaupt keine Erklärung abgeben wollte. Eine gesetzliche Festlegung der Schlüssigkeit gewisser Handlungen, so daß der Richter sie nicht verneinen dürfe, findet Hupka in § 56 HGB, § 714 BGB. Dagegen ist vom Standpunkt der herrsch. L. aus nichts einzuwenden. Isay 7) unterscheidet zwischen selbständiger und unselbständiger Vollmacht und will die Möglichkeit einer stillschweigenden Erteilung nur für jene zugeben. Seine Ausführungen sind oft nicht ganz klar und teilweise bedenklich. In der Hauptsache dürfte er auf dem Boden der unten in § 3 vertretenen Auffassung stehen. Rümelin 8) gibt eine ganz unzulängliche Begründung, wenn er meint, daß man in den meisten der hier besprochenen Fälle eine Vollmacht schon deshalb annehmen dürfe, weil ein diligens pater familias sie erteilt haben würde 9).

Konsequent bleiben von den Vertretern der h. L., so weit wir sehen, nur v. Tuhr 10) und vielleicht Planck 11). Wenn man nämlich eine stillschweigende Bevollmächtigung annimmt, also davon ausgeht, daß der Wille des Geschäftsherrn die Grundlage der Vollmacht bildet, dann muß man folgerichtig auch das Vorliegen und den

5) Wellspacher a. a. O. 96 ff.
6) a. a. O. 119 ff. S. dazu Wellspacher a. a. O.
7) a. a. O. 189.
8) a. a. O. 300.
9) Er verkennt freilich nicht, daß diese Begründung nicht immer ausreicht und daß dann der Grundsatz vom Schutz gutgläubiger Dritter eingreifen müsse, glaubt aber doch einen großen Teil der Fälle mit jener Konstruktion befriedigend zu lösen.
10) S. 393 ff.
11) § 167, 6.

Umfang der Vertretungsmacht allein nach diesem Willen beurteilen. Tuhr geht davon aus, daß jemand, der einem andern eine bestimmte äußere Stellung einräume, ihm in den meisten Fällen auch die damit nach der Verkehrsauffassung verbundene Vertretungsmacht einräumen wolle. Diese stillschweigende Bevollmächtigung sei gewöhnlich intern. Deshalb sei zu prüfen, wie sich der Wille des A für den V, nicht wie er sich für den Dritten darstelle. Wenn z. B. keine Willensäußerung vorliege, sondern nur Fahrlässigkeit in der Beaufsichtigung von Angestellten, so könne daraus zwar eine Schadensersatzpflicht entstehen, aber nicht eine Vertretungsmacht; ebenso könne A durch Handlungen des V nicht gebunden werden, wenn V wisse, daß er dem Willen des A zuwiderhandle, auch wenn der Dritte gutgläubig sei. Was von dem Vorliegen der Vollmacht überhaupt gelte, das gelte natürlich auch für ihren Umfang 12); die Vollmacht habe also nicht den Umfang, den sie für den Verkehr zu haben scheine, sondern nur den dem Vertreter bekannten beschränkteren Umfang.

Tuhr will also, daß in den Fällen einer Diskrepanz zwischen wirklichem und scheinbarem Willen — wenigstens solange es sich um eine interne Bevollmächtigung handelt 13) — der Schaden von dem Dritten getragen werden soll. Dieser wird an den Vertreter verwiesen, mit dem er sich vielleicht niemals eingelassen haben würde, wenn der nicht im Namen des kreditwürdigen A aufgetreten wäre; hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht positiv gekannt, so hat der Dritte nur einen Anspruch auf das negative Interesse. Diese Konsequenzen hält Tuhr für gerechtfertigt. Es sei eben unvorsichtig von dem Dritten, wenn er sich darauf verlasse, daß sein Schluß auf die Konkludenz richtig sei. Wolle man ihn hier trotz dieses ihn treffenden Vorwurfes schützen, so werde man ungerecht gegen den A, der dem Handeln des V ziemlich machtlos gegenüber stehe und, wenn Verbote an den V nicht fruchten, ihn äußerstenfalls entlassen könne.

Tuhr verlangt also, daß der Dritte die Vollmacht des V prüfe. Dabei scheint er die Erschwerung, die das für den Verkehr bedeuten würde, zu unterschätzen. Auch ist zu beachten, daß oft sowohl der Vertreter wie der Vertretene empört sein werden über das Mißtrauen des Dritten, der noch einen besonderen Nachweis für die Vertretungsmacht verlangt, wo eine solche klar zu Tage liegt, und das dürfte wiederum den geschäftlichen Verkehr stören. Schließlich wird es in den meisten Fällen für den Vertretenen leichter sein, den Schein einer

12) Es ist nachzutragen, daß nach h. L. eine beschränkte Vollmacht durch dieselben Umstände, die für das Vorliegen einer Vollmacht überhaupt sprechen, bis zu dem üblichen Umfange erweitert wird.

13) Die Bevollmächtigung dürfte hier immer intern sein; denn der Gedanke an eine stillschweigende Kundgebung der Vollmacht oder an eine stillschweigende Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung — und nur durch öffentliche Bekanntmachung kann einem unbegrenzten Personenkreis gegenüber eine Vollmacht erteilt werden — erscheint paradox.

Vollmacht zu zerstören 14), als für den Dritten, den Beweis für die Richtigkeit seiner Annahme einer Vertretungsmacht zu erlangen.

Aus diesem Grunde scheint uns das Ergebnis, zu dem die Praxis und die h. L. kommen, gerechter und zweckmäßiger zu sein. Aber der Weg, auf dem sie zu diesem Ergebnis kommen, kann nicht unser Weg sein, denn er ist nicht konsequent zu Ende gegangen; von den Voraussetzungen, von denen die h. L. ausgeht, kann man folgerichtig nur zu demselben Ergebnis kommen wie Tuhr. Da uns das nicht genügt, müssen wir nach einem anderen Wege suchen, auf dem wir zu dem Ergebnis der h. L. kommen, ohne uns einer Inkonsequenz schuldig zu machen.

§ 3. Ein äußerer Tatbestand als objektive Grundlage der Scheinvollmacht.

Wir sahen, daß man an dem Willen des Geschäftsherrn als der Grundlage der Vertretungsmacht nur festhalten kann mit Hilfe gewaltsamer Verkehrung der tatsächlichen Verhältnisse und bedenklicher Fiktionen; die Folge davon ist Unklarheit. Wir sahen ferner, daß die Folgerungen, die man im rechtsgeschäftlichen Verkehr aus einem bestimmten äußeren Tatbestande zu machen pflegt, nicht bis auf eine Bevollmächtigung zurückgehen, sondern daß man nur auf eine Vollmacht schließt. Deshalb erscheint es angebracht, auch bei der wissenschaftlichen Begründung des Vorliegens einer Vertretungsmacht nicht auf eine fingierte Bevollmächtigung zurückzugehen, sondern den Grund für die Vertretungsmacht eben in dem äußeren Tatbestande zu sehen, zumal da auch die h. L. ihn allein entscheidend sein läßt für die Annahme und den Umfang einer Vollmacht. Durch ihn wird die Annahme einer Vertretungsmacht objektiv gerechtfertigt 1). Dazukommen muß freilich eine subjektive Rechtfertigung, von der im folgenden Paragraphen die Rede sein soll.

Nach dem BGB darf man unter Vollmacht nur eine solche Vertretungsmacht verstehen, die auf dem Willen des Vertretenen beruht. Die Form der Vertretungsmacht, die sich auf einen äußeren Tatbestand gründet, kann also keine Vollmacht sein. Ebensowenig ist sie eine gesetzliche Vertretungsmacht, weder in dem Sinne, den wir mit diesem Begriff verbinden 2), noch in dem üblichen Sinne, daß darunter jede Vertretungsmacht zu verstehen sei, die das Gesetz zuschreibt, sofern sie nicht Vollmacht ist; denn das Gesetz hat unsern

14) z. B. durch öffentliche Bekanntmachung, und das genügt, um ihn zu schützen. So ganz machtlos ist er also nicht.

1) So Wellspacher, Staudinger, von Seeler, Goldberger, Dernburg, Isay, Affolter, Foller, H. Meyer, Haußmann.

2) oben § 1.

Fall nicht allgemein geregelt 3). Wir haben es also mit einer besonderen Form der Vertretungsmacht zu tun, die weder Vollmacht noch gesetzliche Vertretungsmacht ist. Es erscheint angemessen, dafür eine besondere Bezeichnung zu gebrauchen. Wenn wir die drei Erscheinungsformen der Vertretungsmacht systematisch betrachten und dabei den Begriff der gesetzlichen Vertretungsmacht so fassen, wie wir es oben getan haben, so stehen unsere Fälle der Vollmacht näher als der gesetzlichen Vertretungsmacht. Ebenso ist es bei empirischer Betrachtung, da oft der durch den äußeren Tatbestand erweckte Schein dem Willen des Geschäftsherrn entsprechen wird, da eben der Schein einer Vollmacht erweckt wird. Deshalb halten wir die von v. Seeler zuerst gebrauchte Bezeichnung „Scheinvollmacht" für zutreffend 4).

Für unsere Fälle ist die Möglichkeit einer befriedigenden Regelung nach dem BGB, als dieses vorlag, zuweilen verneint worden 5). Wir wollen zunächst versuchen, diese Fälle unabhängig vom positiven Recht dogmatisch zu erfassen und zu regeln, und werden später den Nachweis bringen, daß sich unsere rechtliche Gestaltung mit dem BGB nicht nur in Einklang bringen läßt, sondern aus einzelnen Vorschriften des Gesetzes abstrahiert werden kann und daß eine solche Abstraktion nach dem Geist des Gesetzes notwendig ist.

In der Theorie ist die Bedeutung des äußeren Tatbestandes verschiedentlich hervorgehoben worden. Nach bürgerlichem Recht treten zuerst Dernburg in einer flüchtigen Bemerkung 6) und Isay 7) in scharfsinnigen längeren Ausführungen dafür ein, daß in den Fällen der Scheinvollmacht der Geschäftsherr an die Geschäfte des Vertreters gebunden sei schon beim Vorliegen objektiver Momente, die den Schluß auf ein Vertretungsverhältnis rechtfertigen. Wellspacher hat der Frage des Vertrauens auf äußere Tatbestände eine eingehende Untersuchung gewidmet; v. Seeler hat nicht nur die passende Bezeichnung gefunden, sondern auch bemerkenswerte Ausführungen zu unserm Problem gemacht, die von einem scharfen Geist zeugen und, soweit sie die Unhaltbarkeit der h. L. dartun sollen, zutreffend sind, während freilich die Ergebnisse, zu denen v. Seeler selbst kommt, und

3) Es stellt ja überhaupt nur für die Vollmacht einen Begriff auf, während es einen Begriff der gesetzlichen Vertretungsmacht nicht kennt und von ihr nur in einzelnen Vorschriften redet. Die Fälle, mit denen wir es hier zu tun haben, lassen sich aber gerade dann am besten erfassen, wenn man sie auf einen allgemeinen Satz zurückführt, und zeichnen sich dadurch aus, daß das ohne wesentliche Schwierigkeiten möglich ist.

4) Gegen diese Bezeichnung Rosenberg a. a. O. 541 Anm. 1.

5) Biermann a. a. O. 121; Endemann S. 408.

6) § 163, V.

7) a. a. O. 238 f. Nach ihm ist der Tatbestand entweder vom Geschäftsherrn selbst geschaffen oder doch typisch für den jeweiligen Fall der Geschäftsführung und gewöhnlich verbunden mit einem „räumlichen Bezüglichkeitsverhältnis" des Gestors zu den Gegenständen der Geschäftsführung. (S. 232 ff.)

besonders die Voraussetzungen, von denen er ausgeht, verfehlt erscheinen 8)9).

Keine genügende Grundlage für eine Scheinvollmacht bildet das Vertrauen auf die Ehrlichkeit des Vertreters und auf die Richtigkeit seiner Angabe, daß er Vollmacht habe, im Namen des Vertretenen zu handeln. Das Vertrauen des Gegenkontrahenten muß sich auf objektive Momente stützen; unerläßliche Voraussetzung ist also, daß er den die Annahme einer Scheinvollmacht rechtfertigenden äußeren Tatbestand kennt. Aber man darf nicht sagen, daß dem Vertreter um dieses Vertrauens des Dritten auf einen äußeren Tatbestand willen Vertretungsmacht verliehen werde, daß also die Vertretungsmacht eine Reflexwirkung des guten Glaubens sei 10). Das Bedürfnis nach Schutz des gutgläubigen Dritten mag das Motiv sein, das uns bestimmt, hier eine Vertretungsmacht anzuerkennen 11); deshalb dürfen wir aber nicht darin den Grund für den Eintritt der rechtlichen Wirkung sehen. Wir brauchen es auch nicht; denn weshalb sollten wir die Vertretungsmacht als bloße Reflexwirkung erklären, wo sich in der Tatsache der Existenz von Umständen, die für ein Vertretungsverhältnis sprechen, eine natürliche Grundlage bietet? Man denke daran, daß nach Ansicht namhafter Autoren § 173 sich auch auf den ersten Absatz der §§ 171, 172 beziehen soll. Der Vertreter erhielte dann Vertretungsmacht nur einem gutgläubigen Dritten gegenüber. Es ist noch niemand eingefallen, auch hier in der Entstehung der Vertretungsmacht nur eine Reflexwirkung des guten Glaubens zu sehen; ihr Eintritt beruht vielmehr auf der Anzeige oder der Urkunde, also auf einem äußeren Tatbestande, und hat nur die Besonderheit, daß er bei Bösgläubigkeit des Dritten ausbleibt 12). Auch die Scheinvollmacht ruht auf der soliden Grundlage eines offen zu Tage liegenden äußeren Tatbestandes.

Hat eine Bevollmächtigung stattgefunden, liegt also neben der Scheinvollmacht eine Vollmacht vor, so bestehen beide Formen der Vertretungsmacht selbständig nebeneinander. Da die Vertretungsmacht nicht je nach dem Grunde, auf dem sie ruht, verschieden wirkt, sondern die Wirkungen immer gleichartig sind, so tritt auch hier eine

8) besonders die Bemerkungen zur Lehre von der Vollmacht, z. B. die Behauptung, daß die Bevollmächtigung ein Vertrag sei.

9) Vgl. ferner Staudinger § 167, 5; Goldberger a. a. O. 76; H. Meyer a. a. O. 95; Haußmann a. a. O. 311 ff.

10) Die Auffassung, daß die „Vertretungsmacht" in den Fällen der Scheinvollmacht nur „eine Reflexwirkung des Schutzes gutgläubiger Dritter" sei, wird vertreten von Wellspacher a. a. O. 87 und Staudinger § 171, 172 Erl. 2. Sie beruht auf der Auffassung, daß dem Vertreter hier gar keine „Vertretungsmacht" verliehen werde. M. E. ist aber die Scheinvollmacht eine Erscheinungsform der Vertretungsmacht, wie unten § 9 näher dargelegt ist. In der Anwendung des Begriffs der Reflexwirkung sollte man überhaupt sehr vorsichtig sein; vgl. Schloßmann a. a. O. 287.

11) und das den Gesetzgeber zu den einschlägigen Vorschriften bestimmt hat; vgl. Motive S. 237 u. Denkschrift S. 28.

12) Voraussetzung ist natürlich, daß keine Vollmacht erteilt war oder durch die Kundgebung erteilt werden sollte.

gleichmäßige Wirkung ein: es entsteht Vertretungsmacht für den Vertreter in dem Umfange, der mit der den größeren Umfang verleihenden Form verbunden ist. In anderer Hinsicht kann die Selbständigkeit praktisch werden; war z. B. die Bevollmächtigung aus irgendeinem Grunde nichtig, so entsteht gleichwohl Vertretungsmacht als Scheinvollmacht 13). Dagegen ist eine Scheinvollmacht nicht gegeben, wenn eine interne Bevollmächtigung vorliegt, ohne daß der äußere Tatbestand eines Vertretungsverhältnisses gegeben wäre, die z. B. wegen Geisteskrankheit des A nichtig ist, und jetzt ein Dritter, der von der Bevollmächtigung gehört hat, sich darauf verläßt, daß sie gültig ist, weil ihm die Geisteskrankheit des A nicht bekannt war 14). Denn hier vertraut er auf die rechtliche Wirksamkeit einer Bevollmächtigung, nicht auf den durch einen äußeren Tatbestand erzeugten Schein einer Vertretungsmacht 15).

Die durch den äußeren Tatbestand erzeugte Scheinvollmacht 16) ist ohne Wirkung einem Dritten gegenüber, der weiß, daß der Schein der Wirklichkeit nicht entspricht. Die Scheinvollmacht besteht auch hier, denn der Schein bleibt als Schein auch dann bestehen, wenn er als trügerisch erkannt wurde; aber sie kann keine rechtlichen Wirkungen äußern. Der Vertreter behält seine Vertretungsmacht, aber ihre Kraft versagt in diesem Falle 17). Bisher hat man allgemein positiv gesagt, daß der Tatbestand der Scheinvollmacht nur einem gutgläubigen Dritten gegenüber wirke; wir möchten negativ sagen, daß bestimmten Personen gegenüber die Scheinvollmacht keine rechtliche Wirksamkeit zu äußern vermag 18), und zwar solchen Personen gegenüber, die positiv wissen, daß der durch die äußeren Umstände vorgespiegelte Schein trügerisch ist. Beruht die Unkenntnis des Dritten von der wirklichen Sachlage auf Fahrlässigkeit, sei es auch auf grober Fahrlässigkeit, so versagt die Scheinvollmacht nicht ohne weiteres. Inwiefern eine verschuldete Unkenntnis eine Rolle spielt, davon soll im folgenden Paragraphen die Rede sein.

---

13) vgl. unten § 5 u. 6.

14) Bei Geisteskrankheit könnte auch dann keine Scheinvollmacht entstehen, wenn der äußere Tatbestand eines Vertretungsverhältnisses gegeben wäre, weil es an dem unten in § 4 aufzustellenden Erfordernis fehlen würde.

15) v. Seeler a. a. O. 8 Anm. 4.

16) Nicht unerwähnt bleibe, daß nach der auf der Erklärungstheorie beruhenden Ansicht von Danz a. a. O. 1281 f. das, was wir als Scheinvollmacht bezeichnen, eine wirkliche und gewöhnliche Vollmacht ist, und daß nach Ansicht von Schloßmann a. a. O. der äußere Tatbestand den Beweis eines Vertretungsverhältnisses begründet, gegen den der Gegenbeweis kraft einer künstlichen Steigerung der Beweiskraft ausgeschlossen sei.

17) Man wolle sich daran erinnern, daß die Vertretungsmacht ihrem Wesen nach eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit des Vertreters ist. Diese muß ihm bei der Scheinvollmacht natürlich bleiben, solange der Schein besteht; sie kann ihm nicht in einem Falle zustehen und im andern Falle fehlen. Wohl aber kann es sein, daß er infolge von Mängeln in der Person des Gegners keinen Gebrauch von ihr machen kann, wie z. B. einer Willenserklärung, die ein Geschäftsfähiger einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgibt, die unmittelbare rechtliche Wirkung versagt bleibt.

18) Dieser negativen Fassung bedient sich auch das Gesetz, vgl. § 173.

§ 4. Verschulden als subjektive Grundlage der Scheinvollmacht.

Die bloße Existenz eines für eine Scheinvollmacht sprechenden äußeren Tatbestandes kann es nicht rechtfertigen, daß der Person, für deren Vertretungsmacht die Umstände sprechen, tatsächlich eine Vertretungsmacht zugeschrieben wird; es muß noch ein wesentliches Moment hinzukommen. Gewöhnlich wird es dahin bezeichnet, daß der gute Glaube des Dritten nicht nur auf den Behauptungen des Vertreters beruhen dürfe, sondern auf ein Verhalten des Geschäftsherrn selbst zurückgehen müsse 1); genauer: der äußere Tatbestand müsse durch ein Verhalten des Geschäftsherrn zustande gekommen sein 2), also entweder von ihm veranlaßt oder doch mitveranlaßt worden sein 3); oder er müsse mit Zutun des Vertretenen zustandegekommen sein 4). Noch darüber hinaus scheint Isay zu gehen. In den Fällen, wo das objektive Moment „als für den jeweiligen Fall der Geschäftsführung typisch normalerweise in seinem Bestande auf dem Willen des Geschäftsherrn zu beruhen pflegt", fordert er nicht, daß es vom Geschäftsherrn geschaffen worden sei 5).

Dieses sog. Veranlassungsprinzip ist m. E. ungeeignet für eine scharfe Erfassung und gerechte Beurteilung der Tatbestände. Mit Recht weist Müller-Erzbach auf die Unbestimmtheit und das zu große Umfassungsvermögen des Begriffes hin 6). Wenn man es ernst damit nimmt, so kommt man auf ein Verursachungsprinzip hinaus, vielleicht mit der Modifikation, daß das dem Erfolge nächste Glied in der Kausalreihe als Anlaß gilt. Der Begriff des „Zutuns" könnte etwas enger sein als das eigentliche Veranlassungsprinzip. Was darunter zu verstehen sei, ist aber völlig unklar. Die Autoren, die damit arbeiten, versuchen mit Ausnahme von Wellspacher 7) auch gar nicht zu erklären, was sie damit sagen wollen. Dabei kommt darauf doch alles an, weil dieses Moment erst den Ausschlag gibt.

Eine befriedigende rechtliche Regelung der Scheinvollmacht ist m. E. nur möglich mit Hilfe des Schuldprinzips 8). Positive Voraus-

1) RG Warn. 6 Nr. 130; Recht 1911 Nr. 290.
2) Goldberger a. a. O. 75 ff; Hupka a. a. O. 421 ff; Warneyer § 167,2.
3) v. Seeler a. a. O. 36.
4) Wellspacher a. a. O. 102.
5) a. a. O. 238 f.
6) a. a. O. 129 Anm. 29: Wer durch Fahrlässigkeit den Diebstahl einer Sache ermöglicht, hat damit veranlaßt, daß der Dieb in den Besitz der Sache kommt und damit als Verfügungsberechtigter erscheint. Zu beachten ist, daß hier der Eigentumserwerb durch einen Dritten gleichwohl ausgeschlossen ist. Mit dem Gefahrtragungsprinzip können allerdings die Fälle der Scheinvollmacht auch nicht befriedigend gelöst werden.
7) a. a. O. 102 verweist er zur Abgrenzung des Begriffes auf die Regeln über den fahrnisrechtlichen Verkehrsschutz. Damit ist aber wenig geholfen.
8) Gegen dessen Anwendung ausdrücklich nur Isay a. a. O. 192 und v. Seeler a. a. O. 2, dem Sinne nach auch Goldberger a. a. O. 75 ff, 16 f.

setzung für die Anerkennung einer Scheinvollmacht ist ein Verschulden des Geschäftsherrn. Dieses Verschulden kann sich freilich nicht auf das Zustandekommen des äußeren Tatbestandes beziehen. Ein genügender äußerer Tatbestand ist ja überhaupt nur dann vorhanden, wenn der Vertretene irgendwie daran beteiligt ist, denn es muß sich doch aus den Umständen ergeben, daß *er* zu dem Vertreter in einem Vertretungsverhältnis steht, und diese Beteiligung kann nur schuldhaft sein. Entweder hat er den Tatbestand schuldhaft geschaffen, indem er dem V eine äußere Stellung einräumte, mit der eine Vertretungsmacht bestimmten Umfanges verbunden zu sein pflegt; oder er hat fahrlässigerweise die Möglichkeit gegeben, daß V sich eine solche Stellung verschaffen konnte, ein Kaufmann z. B., indem er unterschriebene Postkarten, auf denen er Bestellungen zu machen pflegt, frei im Kontor liegen läßt. Auch wenn V sich ohne bestimmte äußere Stellung als Vertreter des A aufführt, ist ein genügender äußerer Tatbestand nur dann gegeben, wenn A mehrere von V geschlossene Geschäfte als für sich verbindlich anerkannt hat. Nur so kann es verstanden werden, wenn man sagt, daß A das Verhalten des V geduldet haben müsse, denn erst dadurch entsteht der Anschein einer Vertretungsmacht 9). Ein reines Unterlassen kann m. E. nur bei der Erhaltung des Scheins einer Vertretungsmacht in Betracht kommen, z. B. wenn ein Kaufmann, der einem Angestellten eine mit Vertretungsmacht verbundene äußere Stellung eingeräumt hatte, diesen entläßt, ohne seine Geschäftsfreunde, mit denen der Angestellte bisher in seinem Namen Verträge abgeschlossen hat, davon zu benachrichtigen.

Wenn wir behaupten, daß das Verschulden eine wichtige Rolle spiele, so meinen wir also nicht ein Verschulden am *Zustandekommen* des äußeren Tatbestandes, sondern beziehen es auf die *Wirkung* des äußeren Tatbestandes. Die Frage, die man vor der Anerkennung einer Scheinvollmacht zu prüfen hat, müssen wir folgendermaßen formulieren: Trifft den Vertretenen eine Schuld daran, daß durch den äußeren Tatbestand der Schein einer Vollmacht erweckt wurde? oder genauer: Trifft ihn eine Schuld daran, daß der durch den äußeren Tatbestand hervorgerufene Schein einer Vollmacht für echt genommen werden konnte 10)? Fehlt es an jedem Verschulden des Geschäftsherrn, etwa weil er geisteskrank ist oder weil er alles Erforderliche getan hat, um den Schein einer Vollmacht zu zerstören oder darzulegen, daß der Schein der Wirklichkeit nicht entspricht 11) — etwa durch öffentliche Bekanntmachung der wahren Sachlage —, so

9) Das bloße Auftreten eines andern als mein Vertreter, gegen das ich nichts unternehme, wobei ich aber auch nie in die Lage komme, es positiv dadurch zu bestätigen, daß ich die Geschäfte anerkenne, kann ich ruhig dulden, ohne dadurch den Anschein einer Vertretungsmacht zu erwecken.

10) Daß die Frage, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht, sich *hierauf* beziehen muß, geht auch aus den Ausführungen derer hervor, die es ablehnen, das Schuldprinzip heranzuziehen, wenn es auch nicht scharf genug betont wird und vielleicht nicht einmal scharf genug erkannt worden ist. Vgl. Goldberger a. a. O. 16: Der „Irrtum" müsse durch den Vertretenen selbst hervorgerufen worden sein; v. Seeler a. a. O. 6 ff: „Tritt eine Täuschung ein, so ist *sie* nicht vorsätzlich herbeigeführt."

besteht keine Scheinvollmacht. Zwar ist es auch hier möglich, daß jemand mit dem Vertreter im Vertrauen auf den Schein kontrahiert, etwa weil er die öffentliche Erklärung nicht kennt. Hier sowohl wie in den Fällen, wo eine derartige Erklärung nicht ergangen ist, kann man also die dem Vertreter gegenüberstehenden dritten Personen in solche einteilen, die die wahre Sachlage kennen, und solche, die sie nicht kennen. Während wir in den Fällen, wo es an einer öffentlichen Bekanntmachung der wahren Sachlage fehlt, annehmen, daß die Scheinvollmacht allgemein besteht, daß sie nur einem solchen Dritten, der trotzdem die wahre Sachlage kennt, gegenüber keine Wirkungen zu äußern vermag, nehmen wir dann, wenn der Geschäftsherr das Seinige getan hat, um darzutun, daß der Schein der Wirklichkeit nicht entspricht, an, daß eine Scheinvollmacht überhaupt nicht besteht. Denn hier kann sie niemandem gegenüber wirksam sein, da die Unkenntnis des Dritten immer auf Fahrlässigkeit beruhen wird.

Damit kommen wir zu einem neuen Moment. Die Feststellung, daß ein Verschulden des Geschäftsherrn vorliegt und damit in Verbindung mit einem äußeren Tatbestande eine Scheinvollmacht gegeben ist, genügt noch nicht. Wir müssen außerdem immer prüfen, ob nicht die Kraft der Scheinvollmacht dem Dritten gegenüber, um den es sich im Einzelfall handelt, versagt. Wir sahen schon, daß das dann der Fall ist, wenn der Dritte die wahre Sachlage positiv kennt. Wir möchten jetzt weiter behaupten, daß auch dann die Scheinvollmacht keine Wirkungen zu äußern vermag, wenn die Unkenntnis des Dritten von der wahren Sachlage auf einem Verschulden beruht, das größer ist als das Verschulden des Geschäftsherrn. Bei der Entscheidung des Einzelfalles müssen wir also immer, wenn wir die oben aufgestellte Frage geprüft und bejaht haben, weiter fragen: Hat der Dritte schuldhaft gehandelt, als er den Schein der Vollmacht für echt nahm? und wenn wir auch diese Frage bejaht haben, dann bleibt uns noch die letzte Frage zu beantworten: Auf welcher Seite liegt das größere Verschulden daran, daß der Schein der Vollmacht für echt genommen wurde?

Wenn also den Geschäftsherrn kein Verschulden trifft, dann ist überhaupt keine Scheinvollmacht vorhanden. Trifft nur ihn ein Verschulden, dann dürfen wir ohne weiteres die Wirksamkeit der Scheinvollmacht annehmen. Trifft auch den Dritten ein Verschulden, hat dieser leichtsinnig gehandelt, als er dem Schein vertraute, dann müssen wir die beiderseitige Schuld gegeneinander abwägen und je nach dem Ergebnis die Wirksamkeit der Scheinvollmacht anerkennen oder verneinen. Im letzten Falle wird es sich gewöhnlich auf beiden Seiten um Unterlassungssünden handeln: der eine hat pflichtwidrig unterlassen, die wahre Sachlage kundzutun und der andere, sich nach ihr zu erkundigen. Dabei gilt für die Erkundigungspflicht des Dritten folgendes: er mußte den Mangel der Vollmacht dann kennen, wenn er ihn unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte

11) In der Regel wird sein Verschulden darauf beruhen, daß er das unterlassen hat, obwohl er dazu verpflichtet war.

erkennen müssen, § 179 III S. 1 in Verbindung mit dem § 122 und § 276. Diese Sorgfalt mußte es erfordern, daß er den Nachweis der Vertretungsmacht verlangte. Dazu ist er nur dann verpflichtet, wenn besondere Verdachtgründe vorliegen, die ihn stutzig machen und auf die Frage stoßen müssen, ob denn der äußere Schein hier der Wirklichkeit entspreche. Dabei wird man im bürgerlichen Verkehr strengere Anforderungen stellen dürfen als im Handelsverkehr. Eine generelle Erkundigungspflicht besteht nirgends 12).

Unsere Behauptung, daß die Frage des Verschuldens aufzuwerfen und nötigenfalls die beiderseitige Schuld gegeneinander abzuwägen sei, findet eine m. E. genügende Stütze im Gesetz. Soweit wir sehen, ist bisher nirgends das Problem der Scheinvollmacht im Zusammenhange mit den §§ 177 ff., insbesondere mit § 179, untersucht worden. Dabei liegen hier Schwierigkeiten, die nicht übersehen werden dürfen. Es ist kaum anzunehmen, daß die Gesetzgeber an die Scheinvollmacht als Form der Vertretungsmacht gedacht haben; deshalb erscheint die Frage gerechtfertigt, ob nicht auch für die Fälle der Scheinvollmacht durch § 179 eine Regelung geschaffen werden sollte. Ferner muß das Argument von dem Bedürfnis des Verkehrs nach dem Schutz gutgläubiger Dritter angesichts dieser Vorschrift als unbegründet erscheinen, weil der Vertreter den gutgläubigen Dritten schadlos halten muß. Allein bei näherer Betrachtung liegen die Dinge doch anders. Das Recht des Dritten, von dem Vertreter ohne Vertretungsmacht Entschädigung zu verlangen, wird sich gewöhnlich auf das negative Interesse beschränken, da der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht in den meisten Fällen der Scheinvollmacht nicht positiv kennen wird 13), und das kann dem Dritten nicht genügen 14). Das Bedürfnis des Verkehrs erfordert einen weitergehenden Schutz, und der kann nur darin liegen, daß ein zwischen dem Dritten und V geschlossenes Geschäft Wirkungen gegen A äußert. Freilich muß dann eben diesen A ein Verschulden treffen; wollte man davon absehen, so würde man in der Tat dem Bedürfnis des Dritten gerecht werden, unter Umständen auch dann, wenn ihm der Vorwurf der Leichtsinnigkeit nicht erspart werden kann, aber ungerecht gegen den Vertretenen sein 15). Und nicht nur bleibt dieses Argument unerschüttert, sondern es kommt sogar ein neues Moment hinzu, das für die Anerkennung des Begriffs der Scheinvollmacht spricht: nicht nur der gutgläubige Dritte muß in dem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand geschützt werden, sondern auch der gutgläubige Vertreter selbst. Es geht nicht an, einen Vertreter, der im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand glaubt, für den Vertretenen handeln zu dürfen, der vielleicht schon in vielen Fällen für

12) Goldberger a. a. O. 88, der auf § 370 verweist; Lindemann-Soergel § 173, 1; Seuff. A. 76 Nr. 73; Recht 1916 Nr. 1070.

13) und positive Kenntnis ist für den Eintritt der vollen Haftung erforderlich.

14) Regelsberger a. a. O. 290 ff: „Den Geschädigten auf das negative Interesse verweisen, heißt dem Rechtsleben Steine bieten, wo es Brot verlangt."

15) v. Tuhr S. 393 ff.

ihn gehandelt hat, ohne daß der Vertretene etwas dagegen gehabt hätte, diesen Vertreter dem Dritten haftbar zu machen, weil der Vertretene plötzlich erklärt, er habe gar keine Vertretungsmacht erteilen wollen 16).

Sollten die Gesetzgeber durch § 179 auch die Fälle der Scheinvollmacht haben regeln wollen, so kann das für uns nicht bindend sein; wenn sich aus den Vorschriften des Gesetzes die Möglichkeit ergibt, eine Scheinvollmacht als besondere Form der Vertretungsmacht anzuerkennen 17), dann dürfen wir sie anerkennen, und dann umfaßt der Begriff „Vertretungsmacht" in § 179 I auch die Scheinvollmacht. Der Vertreter haftet also dem Dritten nur, wenn er weder eine Vollmacht noch eine gesetzliche Vertretungsmacht 18) noch eine Scheinvollmacht nachweisen kann.

Das Schuldmoment spielt in dieser Vorschrift wie auch sonst in der Lehre von der Vertretungsmacht, z. B. im § 173, eine wichtige Rolle; deshalb können keine wesentlichen Bedenken erhoben werden, wenn ich ihm in den Fällen der Scheinvollmacht eine entscheidende Rolle zuschreibe. Für die Behauptung, daß nötigenfalls eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens vorgenommen werden müsse, stütze ich mich besonders auf § 179 III S. 1.

Ausdrücke, die auf ein Verschulden des Vertretenen hinweisen, freilich ohne daß dieses zum Prinzip erhoben worden ist, finden sich bei Hupka 19) und in einigen gerichtlichen Entscheidungen 20) 21). Besonders beachtenswert ist die Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. 2. 1922 22), wo sowohl das Erfordernis der Kenntnis vom äußeren Tatbestande gebührend betont 23) als auch das Verschulden der Parteien ausgiebig geprüft wird. Gegen diese Abstellung auf das Verschulden wendet sich in seiner Bemerkung zu der Entscheidung Friedländer: es müsse auf die Vollmacht abgestellt werden; wenn eine solche wirklich vorliege, dann könne es doch nichts ausmachen, ob der Dritte bei der Vornahme des Geschäfts davon wisse. Dabei übersieht Friedländer, daß gerade das Vorliegen der Vertretungsmacht streitig ist. Eine wirkliche Vollmacht, von der er immer

16 Ueber das Verhältnis des Vertreters zu dem Vertretenen vgl. unten § 5.

17) Dieser Nachweis wird unten in § 8 gebracht werden.

18) Darüber, daß auch die gesetzliche Vertretungsmacht unter § 179 fällt, vgl. RG Warn. 7 Nr. 1.

19) a. a. O. 119 ff.

20) OLG 13, 328; KG. Bl. f. R. 1914, 89.

21) Vor einer Ueberspannung des Vertrauensprinzipes warnt Haußmann a. a. O. 311 ff.

22) JW 1922, 1315[2].

23) Wie weit es freilich berechtigt ist, wenn das RG es ablehnt, daß mit der Stellung des Vorstehers eines Anwaltbüros eine Vollmacht zur Einziehung von Geldern üblicher Weise verbunden sei, bleibe dahingestellt. Die Entscheidung ist jedenfalls nicht nur in den sonstigen theoretischen Ausführungen der Begründung, sondern bei der Höhe der Summe im konkreten Fall auch im Ergebnis richtig.

spricht, liegt gar nicht vor; es könnte höchstens eine Scheinvollmacht vorliegen, und dafür ist sowohl Kenntnis vom äußeren Tatbestande notwendig als das Verschulden von entscheidender Bedeutung.

Wir fassen das Ergebnis zusammen:

Bei der Entscheidung des Einzelfalles ist zunächst festzustellen, ob ein genügender äußerer Tatbestand für eine Scheinvollmacht vorhanden ist. Dann ist zu prüfen, ob infolge eines Verschuldens des Geschäftsherrn der Schein für echt genommen werden konnte. Ist das geschehen, und eine Scheinvollmacht anzunehmen, dann ist weiter zu untersuchen, ob der Dritte die wahre Sachlage gekannt hat oder ob seine Unkenntnis schuldhaft war, und nötigenfalls eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens vorzunehmen. Das Ergebnis kann dann sein, daß der Scheinvollmacht die Wirksamkeit versagt bleibt.

Nur so erhält man ein sicheres Verfahren für die Entscheidung des Einzelfalles und die Gewähr für eine gerechte Entscheidung 24).

---

§ 5. Umfang und Dauer der Scheinvollmacht. Haftung des Vertreters.

Nachdem wir das Wesen der Scheinvollmacht, ihre Voraussetzungen und die Gründe für ein Versagen im Einzelfalle festgestellt haben, wissen wir über den Umfang nur wenig zu sagen. Wir müssen die Wahrheit der Bemerkung von Hupka 1) anerkennen, daß mit der Feststellung, daß eine Scheinvollmacht vorhanden sei, in der Regel auch schon ihr Umfang bestimmt sei. Der äußere Tatbestand, auf dem sie beruht, wird niemals auf eine Scheinvollmacht ungewissen Inhalts hinweisen; er ruft nicht die vage Vorstellung irgendeiner Vollmacht hervor, sondern die einer bestimmten Vollmacht, und zwar einer durch die Schlüsse, die man im Verkehr aus den objektiven Umständen 2) auf den Umfang zu ziehen pflegt und zu ziehen berechtigt ist, in ihrem Umfange bestimmten Vollmacht. Die Scheinvollmacht hat den Umfang, den die ihr entsprechenden wirklichen Vollmachten im Verkehr zu haben pflegen. Nur infolge der Tatsache, daß solche wirklichen Vollmachten bestehen, wird der Schein der Vollmacht überhaupt

---

24) Ich bin mir dessen wohl bewußt, daß ich mit der Heranziehung des Schuldprinzips auf Widerspruch stoßen werde. Gleichwohl halte ich daran fest, solange ich nicht eines besseren belehrt werde. Ich weise noch einmal darauf hin, daß ich das Verschulden nicht auf das Zustandekommen, sondern auf die Wirkung des Tatbestandes beziehe und daß ein Verschulden auf der Gegenseite die Scheinvollmacht nicht aufhebt, sondern ihre Wirksamkeit im Einzelfalle verhindern kann.

1) a. a. O. 179.

2) Oertmann § 164, 6; RGE 23, 250: „Es sind überall die objektiven Anforderungen eines ordnungsmäßigen Geschäftsbetriebes, welche die präsumptiven Grenzen der Ermächtigung bestimmen".

möglich; daher läßt sich auch ohne Schwierigkeit, wenn eine Scheinvollmacht festgestellt worden ist, ihr Umfang durch Vergleich mit diesen wirklichen Vollmachten ermitteln. Bei Beachtung aller Umstände des Einzelfalles können freilich Treu und Glauben eine Abweichung von dem üblichen Umfange erfordern. Zu berücksichtigen ist die Bedeutung des Vertretergeschäftes: außergewöhnliche Geschäfte sind nicht üblich und fallen daher aus dem Rahmen der Scheinvollmacht heraus 3).

Auf der bestimmten Vorstellung des Verkehrs von dem Umfang einer Vollmacht beruht es auch, daß in den Fällen, wo eine beschränkte Vollmacht erteilt worden, die Beschränkung aber nicht erkennbar und ungewöhnlich ist, häufig eine Scheinvollmacht in dem üblichen Umfange vorliegen wird; denn im Verkehr wird der gewöhnliche Umfang einer Scheinvollmacht als vorhanden vorausgesetzt 4). Durch stillschweigende Duldung des Ueberschreitens einer Vollmacht und Anerkennung der über den Rahmen der Vollmacht hinausgehenden Geschäfte wird, wenn überhaupt eine Scheinvollmacht, natürlich eine solche in dem weiteren Umfange erzeugt. Bestehen nämlich eine wirkliche und eine Scheinvollmacht nebeneinander, so hat die Vertretungsmacht den Umfang, den die von beiden Formen weitergehende gibt. Abgesehen ist hier natürlich von den Fällen, in denen der Umfang einer Vollmacht gesetzlich festgelegt ist 5).

Die Scheinvollmacht besteht, solange infolge eines Verschuldens des Geschäftsherrn objektiv die Möglichkeit besteht, den Schein der Vollmacht für echt zu nehmen. Durch bloße Erklärung an den Vertreter ohne Veränderung der äußeren Umstände kann sie nicht erlöschen 6); es müssen vielmehr ihre Voraussetzungen fortfallen, und da beide unerläßlich sind, genügt es, wenn eine von ihnen fortfällt: Entweder muß der äußere Tatbestand, der den Schein erweckt, zu bestehen aufhören, oder es muß der Geschäftsherr, wenn er aus irgendeinem Grunde diesen Tatbestand bestehen lassen will, das Erforderliche tun, um die wahre Sachlage ans Licht zu bringen. Ein geeignetes Mittel dazu ist, wie wir schon sahen, die öffentliche Bekanntmachung, daß eine Vollmacht nicht bestehe.

Von einem besonderen Schutz des Dritten, der auf die Fortdauer einer Vollmacht vertraut, zu reden, wie Goldberger 7) das tut, erscheint nach unseren Ausführungen überflüssig. Die Schein-

3) RGR § 166, 4.

4) Goldberger a. a. O. 75; Lindemann-Soergel § 177, 6; Warneyer § 167, 4; Recht 1916 Nr. 1070. Anders v. Tuhr S. 397 ff, von seinem Standpunkt aus konsequent, und Biermann a. a. O. 117 f.

5) Die Frage des dem Dritten erkennbaren Mißbrauchs der Vollmacht spielt hier keine Rolle, da der Dritte, wenn er erkannte, daß der Schein der Wirklichkeit nicht entsprach, ohnehin keine Rechte gegen den Vertretenen hat. Bedenklich erscheint es, bei jedem erkennbaren Mißbrauch dem Geschäft die Wirkung gegen den Vertretenen zu versagen. M. E. muß eine Kollusion des Vertreters mit dem Dritten vorliegen; vgl. Hupka a. a. O. 187 ff.

6) Warneyer § 171, 2; Hupka a. a. O. 424; Isay a. a O. 240; RG Warn. 8 Nr. 273.

7) a. a. O. 81.

vollmacht besteht solange, bis sie in der eben angegebenen Weise erlischt, und solange wird der gute Glaube an ihr Bestehen, nicht an ihre Fortdauer geschützt. Wenn sie erloschen ist, dann gibt es keinen Schutz mehr für den Dritten. Sind aber die Ausführungen Goldbergers so zu verstehen, daß er voraussetzt, es habe eine wirkliche Vollmacht bestanden, die nach außen hin kundgegeben worden ist, und sie sei erloschen, ohne daß das nach außen in Erscheinung trat, so können wir auf die gesetzliche Regelung verweisen. Erklärt man das Wesen der Vorschriften des Gesetzes so, daß die wirkliche Vollmacht erloschen ist, aber eine Scheinvollmacht fortbesteht, so handelt es sich hier nach unserer Auffassung ebenfalls nicht um Schutz des guten Glaubens an die Fortdauer der Vollmacht. Denn durch die Kundgebung wurde hier ein äußerer Tatbestand geschaffen, der eine genügende Grundlage für eine Scheinvollmacht bildet. Es bestehen dann also beide Formen der Vertretungsmacht nebeneinander, und wenn die wirkliche Vollmacht fortfällt, dann besteht die Vertretungsmacht deshalb weiter, weil immer noch eine Scheinvollmacht vorhanden ist. Die Vertretungsmacht wurde hier von Anfang an zwiefach gestützt, und da jede Stütze schon für sich allein sie zu tragen vermag, bleibt sie aufrecht erhalten, auch wenn eine der Stützen fortfällt 8).

Es bleibt uns noch einiges zu sagen über die Möglichkeit einer Haftung des Vertreters in den Fällen der Scheinvollmacht. War dem Vertreter bekannt 9), daß der Schein der Vollmacht dem wahren Willen seines Herrn nicht entsprach, etwa weil dieser selbst ihn davon in Kenntnis gesetzt hatte, so haftet er für den Schaden, der dem Geschäftsherrn daraus entsteht, daß der Vertreter in seinem Namen mit einem Dritten kontrahiert und dieser den Vertretenen in Anspruch nimmt. Mit andern Worten: der Vertreter haftet, wenn er bewußt den für sich sprechenden Schein mißbraucht. Für die Haftung des Vertreters dem Dritten gegenüber gilt bei der Scheinvollmacht nichts besonderes. Der Vertreter haftet gemäß § 179, wenn er weder gesetzliche Vertretungsmacht noch Vollmacht noch eine Scheinvollmacht nachweisen kann. Es ist nur darauf hinzuweisen, daß der Nachweis einer Scheinvollmacht dem in Anspruch genommenen Vertreter im Normalfalle nicht gelingen wird. Denn gewöhnlich wird der Dritte sich zunächst an den Vertretenen halten und hier bei seinem Versuch, einen genügenden äußeren Tatbestand für eine Scheinvollmacht nachzuweisen, den Vertreter als Zeugen benutzen; wenn also dem Dritten dieser Nachweis gegenüber dem Vertretenen nicht gelingt, dann wird er auch dem Vertreter dem Dritten gegenüber nicht gelingen. Einem Dritten, der sich wegen fahrlässiger Unkenntnis oder positiver Kenntnis der wahren Sachlage nicht auf die Scheinvollmacht berufen kann,

8) **Die Theorie Wellspachers bedarf also der Fortbildung nicht, die Goldberger ihr geben will.**

9) **Wir entscheiden uns deshalb dafür, positive Kenntnis zu verlangen, weil auch das Gesetz in § 179 für den Eintritt der vollen Haftung des Vertreters positive Kenntnis vom Mangel der Vertretungsmacht fordert und weil es für den Geschäftsherrn gewöhnlich leicht sein wird, den Vertreter von seinem wirklichen dem Schein widersprechenden Willen in Kenntnis zu setzen.**

haftet auch der Vertreter nicht; denn es handelt sich um einen Dritten, der den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte, § 179 III S. 1.

Wir können es uns nicht versagen, in einem als Ueberleitung zu dem zweiten Teil der Arbeit dienenden Anhang kurz auf den berühmten Streit um die sog. abstrakte Natur der Vollmacht einzugehen 10). Der ganze Streit erscheint uns heute nicht mehr angebracht. Es kann wohl nicht daran gezweifelt werden, daß nach dem BGB die Bevollmächtigung ein selbständiges Rechtsgeschäft 11) und nicht etwa die äußere Seite des Grundverhältnisses oder ein Bestandteil des Grundvertrages ist 12). Damit ist aber, wie Oertmann 13) richtig bemerkt, noch nicht gesagt, daß dieses selbständige Rechtsgeschäft nicht von einem andern abhängig sein könne. Eine solche Abhängigkeit ist möglich in der Art, wie sie zwischen zwei beliebigen andern selbständigen Rechtsgeschäften möglich ist: es kann das eine durch das andere, also die Bevollmächtigung durch das Grundgeschäft, aufschiebend oder auflösend bedingt sein oder es können beide so eng zusammenhängen, daß sie als einheitliches Geschäft im Sinne des § 139 angesehen werden müssen, daß also die Nichtigkeit des einen die der andern gemäß dieser Vorschrift zur Folge hat. An der begrifflichen Selbständigkeit der Vollmacht wird dadurch natürlich nichts geändert 14). Der Parteiwille ist sowohl bei der Anwendung des § 139, wie sich hier schon aus dem Wortlaut ergibt, als m. E. auch dann zu beachten, wenn zu untersuchen ist, ob die Vollmacht durch das Grundverhältnis bedingt sein soll 15). Daß eine solche Bedingung stillschweigend gemacht werden kann, versteht sich von selbst. Es ist richtig, daß man dann mit dem mutmaßlichen Parteiwillen arbeiten muß, aber wir können nicht einsehen, weshalb das ein Grund sein soll, den Parteiwillen ganz aus dem Spiele zu lassen 16). Arbeitet doch sogar das Gesetz mit dem mutmaßlichen Parteiwillen, z. B in § 677! Da im Zweifel anzunehmen ist, daß die Parteien das Zweck-

10) Zur Formulierung der Streitfrage vgl. Flatau a. a. O. § 2.

11) Oertmann § 167, 1d; Staudinger § 167, 1; Hupka a. a. O. 28; bes. Enneccerus § 171 II, 5. Nach Hölder § 168, 2 entsteht die Vollmacht zwar nicht ohne einen Auftrag, aber auch nicht durch ihn.

12) So Isay a. a. O. 188 ff. Die von ihm sog. unselbständige Vollmacht soll ein analytisch gewonnener Bestandteil des Grundgeschäfts sein. (Für die Annahme dieser unselbständigen Vollmacht ist, wenn man sich den Begriff der Scheinvollmacht zu eigen macht, kein Bedürfnis mehr vorhanden.) Ferner v. Seeler a. a. O. 24. Für die Annahme einer Bestandteilseigenschaft in bestimmten Fällen anscheinend auch Rosenberg a. a. O. 613. Eine interessante Konstruktion bei v. Tuhr S. 379.

13) § 167, 1d. Ebenso Rosenberg a. a. O. 756 ff.

14) Für die Möglichkeit einer Anwendung von § 139 Planck § 167, 3; Rosenberg a. a. O. 763 ff.

15) Planck § 167, 3. In § 168 sehen manche eine gesetzliche Anerkennung des Parteiwillens, z. B. Enneccerus § 173 II.

16) Das wollen v. Tuhr S. 386 Anm. 53; Wellspacher a. a. O. 82 Anm. 9; Isay a. a. O. 225, der dadurch zu scharfsinnigen aber verfehlten Konstruktionen genötigt wird.

mäßige gewollt haben, kommt es dabei freilich auf Zweckmäßigkeitserwägungen des Richters hinaus. Aber man mutet doch dem Richter nicht zuviel zu, wenn man zweckmäßige Entscheidungen von ihm verlangt. Und weil das Zweckmäßige nur im Einzelfalle festgestellt werden kann, jeder Richter aber auch den Einzelfall so entscheiden wird, wie es zweckmäßig ist, eben deshalb erscheint der Streit der Theorien überflüssig. Festzuhalten ist nur, daß die Bevollmächtigung begrifflich selbständig ist. Es ist ganz richtig, daß der Streit zwischen Enneccerus und Planck 17) darauf hinausläuft, daß jener die grundsätzliche Unabhängigkeit, dieser die grundsätzliche Abhängigkeit für zweckmäßig hält 18). Ein Streit um Zweckmäßigkeitserwägungen ist aber kein wissenschaftlicher Streit mehr 19).

II. Die Scheinvollmacht im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 6. Die durch die einem Dritten gegenüber oder durch öffentliche Bekanntmachung vorgenommene Bevollmächtigung erzeugte Scheinvollmacht.

Nachdem wir im ersten Teil der Arbeit in dogmatischer Betrachtung den Begriff der Scheinvollmacht und seine Begrenzung gewonnen haben, wobei das Motiv dafür der Wunsch war, ein Recht zu schaffen, das den Bedürfnissen des Verkehrs genügt, wollen wir jetzt untersuchen, wie die einschlägigen Vorschriften des BGB von dem in unserer Betrachtung gewonnenen Standpunkt aus erscheinen und ob das Ergebnis, zu dem wir gekommen sind, dem geltenden Rechte entspricht.

Es ist bekannt, daß die Vorschriften des Gesetzes an dieser Stelle nichts weniger als klar und eindeutig sind. Wir stoßen zunächst auf eine Schwierigkeit, die sich ergibt, wenn man die §§ 170 und 173 zusammenhält 1). Daraus geht nämlich hervor, daß der Dritte unter

17) Besonders in der 3. Auflage. Weniger scharf und zum großen Teil richtig in der 4. Auflage.

18) Isay a. a. O. 225 f; Flatau a. a. O. 777.

19) vergl. die Entscheidungen RGE 75, 299; 69, 232; Seuff A 57 Nr. 57.

1) Es fehlt nicht an Versuchen, sie zu lösen. Planck § 170, 1 und Crome § 104 I sagen, daß die Wirksamkeit der Vollmacht gestreckt werde oder daß die fortdauernde Wirkung gleich einer Verlängerung der Vollmacht sei, und wollen damit anscheinend ein relatives Erlöschen der Vollmacht behaupten; Danz a. a. O. 1281 meint auch hier unter Verzicht auf jede dogmatische Betrachtung, es sei eine wirkliche Vollmacht vorhanden; nach Flatau a. a. O. 767 erlischt die Vertretungsbefugnis, während die Vertretungsmacht fortdauert; andere reden von einer gesetzlichen Vertretungsmacht. Nach Foller a. a. O. soll im ersten Satzteil des § 170 unter Vollmacht die Bevollmächtigung, im zweiten die Vertretungsmacht, im dritten die Vertretungsbefugnis zu verstehen sein; das ist, was den ersten Satzteil angeht, offenbar unrichtig und im übrigen dieselbe Unterscheidung, die Flatau macht.

Umständen das Erlöschen der ihm gegenüber erteilten Vertretungsmacht kennen kann oder kennen muß. Es muß hier also die Vollmacht erlöschen können, ohne daß der Dritte beteiligt ist; denn nur so ist es denkbar, daß er vom schon eingetretenen Erlöschen erfährt. Es muß also möglich sein, daß die Vollmacht fortfällt, wenn sie dem Vertreter gegenüber widerrufen wird oder wenn das ihrer Erteilung zugrundeliegende Verhältnis endigt 2). Anders allerdings Rosenberg 3), der, soweit wir sehen, sich allein ernsthaft bemüht, dieser Schwierigkeit in der Auslegung des § 173 gerecht zu werden. Nach ihm hat die dem Dritten gegenüber erteilte Vollmacht allein den in § 170 geregelten Erlöschensgrund. Um nun überhaupt die Möglichkeit zu schaffen, daß der Dritte von dem Erlöschen der Vollmacht erfährt, bevor es ihm angezeigt worden ist — hier würde die Anzeige zugleich deklaratorisch und konstitutiv sein —, nimmt er an, daß § 173, auch wenn eine Bevollmächtigung dem Dritten gegenüber vorgenommen worden sei, davon ausgehe, daß daneben an den Vertreter selbst eine Bevollmächtigung erklärt worden sei, und daß dann in § 173 unter der Kenntnis vom Erlöschen der Vollmacht die Kenntnis von dem durch Widerruf oder durch Beendigung des Grundverhältnisses eingetretenen Erloschensein dieser nebenher gehenden unmittelbar an den Vertreter erteilten Vollmacht zu verstehen sei.

Diese Konstruktion erscheint verfehlt. Hier wird die Bevollmächtigung durch Erklärung an den Dritten nach § 167 der Mitteilung von stattgefundener Bevollmächtigung des § 171 sehr nahe gerückt; der Unterschied kann dann nur darin liegen, daß im ersten Fall der Mitteilende einen rechtsgeschäftlichen Willen, also einen Rechtsfolgewillen hat, während dieser Wille ihm bei § 171 fehlt. Dieses Unterscheidungsmerkmal ist ungeeignet, denn gerade hier wird der wirkliche Wille schwer zu ermitteln sein, weil der Erklärende sich des logischen Unterschiedes zwischen Willenserklärung und Mitteilung einer Tatsache kaum bewußt sein wird 4). Näher liegt bei der scharfen Trennung, die das Gesetz zwischen beiden Fällen macht, unsere Auffassung, daß wirklich nur eine Vollmacht vorzuliegen braucht, daß diese Vollmacht zwar entstanden ist durch Erklärung an den Dritten, daß sie aber erlöschen kann wie eine dem Vertreter gegenüber erteilte Vollmacht durch Widerruf an den Vertreter oder durch Beendigung des Grundverhältnisses; sie erlischt, eben weil sie Vollmacht, d. h. auf dem Willen des Geschäftsherrn beruhende Vertretungsmacht ist, wenn dieser Wille fortfällt und der Vertretene seine Willensänderung irgendwie erklärt hat 5). Die Begründung und die Aufhebung der Vollmacht brauchen sich nicht zwischen denselben Personen abzuspielen. Wie man dann die Vorschrift des § 170, daß einem gutgläubigen Dritten gegenüber noch Vertretungsmacht bestehe, sich zu erklären hat,

2) So auch Flatau: die §§ 168 I, 169 finden auch auf die dem Dritten gegenüber vorgenommene Bevollmächtigung Anwendung.

3) a. v. O. 586 ff. Anm 1.

4) v. Tuhr S. 382.

5) Denn natürlich muß der auf Aufhebung der Vollmacht gerichtete Wille überhaupt erklärt worden sein.

werden wir gleich sehen. Hier gilt es zunächst festzustellen, daß man die Bevollmächtigung gegenüber dem Dritten angesichts des Wortlautes des § 167 als selbständige Form der Bevollmächtigung auffassen muß und nicht als eine Art Anhängsel an die Bevollmächtigung gegenüber dem Vertreter ansehen kann 6).

Die an den Dritten gerichtete Bevollmächtigungserklärung bildet einen in unserm Sinne für eine Scheinvollmacht genügenden äußeren Tatbestand. Es handelt sich um eine Willenserklärung, die gleichzeitig ein objektives Moment darstellt; man kann von einer Doppelnatur der Bevollmächtigung reden 7). Regelsberger geht so weit, daß er beide Funktionen der Bevollmächtigung vollkommen trennt: Wenn die Willenserklärung angefochten wird, so soll das die zweite Funktion unberührt lassen, dem gutgläubigen Dritten also noch der Schein schützend zur Seite stehen. Das dürfte zu weit gehen. Nach dem Gesetz erscheint die Willenserklärung unbedingt als die Hauptsache; wahrscheinlich hat man gar nicht daran gedacht, daß die Bevollmächtigung auch eine Verlautbarungsfunktion erfülle. Wird die Willenserklärung angefochten, so wird dadurch bewirkt, daß niemals eine Vertretungsmacht bestanden hat 8). Wollte man an der Ansicht von Regelsberger festhalten, so würde die Bevollmächtigung durch Erklärung an den Dritten praktisch der Mitteilung von stattgefundener Bevollmächtigung völlig gleichstehen; denn diese Mitteilung kann nicht deshalb angefochten werden, weil der sie Abgebende irrtümlich annahm, daß er Vertretungsmacht erteilt habe. Da aber das Gesetz offenbar scharf zwischen beiden unterscheidet, müssen wir wenigstens bei Willensmängeln auch einen praktischen Unterschied anerkennen. Darüber, daß die Unterscheidung verfehlt ist, kann freilich

---

6) Diese Schwierigkeit in der Auslegung des § 173 wirft ein neues Licht auf die Theorien, die behaupten, daß die Vollmacht regelmäßig durch Vertrag (so v. Seeler a. a. O. 9 und Breit a. a. O. 306) oder durch ein Abkommen zwischen den drei Beteiligten entstehe (so anscheinend nur Holländer a. a. O. 18), und bes. auf die, nach der sie grundsätzlich nur dem Vertreter gegenüber erteilt werden kann, wobei der Dritte nur Bote des Erklärenden ist (so bes. v. Seeler a. a. O. 15 ff.). Wer diese Theorien widerlegen will, der muß sich mit der im Text erörterten Schwierigkeit auseinandersetzen. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhange auch die Auffassung von du Chesne a. a. O., nach der die Bevollmächtigung im Gegensatz zum Wortlaut des § 167 eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung an den Vertreter und den Dritten ist, wobei, wenn keine besondere Erklärung an den Dritten vorliege, sie doch immer von dem Vertreter überbracht werde. Näher auf die Frage nach der Natur der Bevollmächtigung einzugehen, verbietet die Art der Arbeit. Grundsätzlich ist bei dem unzweifelhaften Wortlaut des § 167 daran festzuhalten, daß die Bevollmächtigung eine einseitige Erklärung entweder an den Vertreter oder an den Dritten ist. Ob die Vollmacht durch Vertrag erteilt werden kann (so Plank § 167, 2; Staub Anh. z. § 58 Anm 2; v. Tuhr S. 379) — das Gegenstück zu der Auffassung von v. Seeler und Breit, die angesichts des § 167 das Zugeständnis machen müssen, daß sie durch einseitige Erklärung erteilt werden könne —, weil die Wirkungen eines einseitigen Geschäftes auch durch Vertrag herbeigeführt werden können (so v. Tuhr), bleibe dahingestellt.

7) Goldberger a. a. O. 30; Regelsberger a. a. O. 290.

8) Goldberger a. a. O. 30: Sind beide in einem Akte verschmolzen, so wird die Verlautbarungserklärung von Mängeln der Begründungserklärung ergriffen.

wohl kein Zweifel bestehen; denn dieser Unterschied zwischen Willenserklärung und Mitteilung läßt sich konstruktiv natürlich ohne Schwierigkeit machen, ist aber dem Leben vollkommen fremd 9).

Im Gegensatz zu Regelsberger ist festzuhalten, daß die Bevollmächtigung die Natur einer Willenserklärung hat, die Vorschriften über Willensmängel also anzuwenden sind. Das hindert uns aber nicht daran, dann, wenn der Akt frei von Willensmängeln ist, neben der wirklichen Vollmacht eine durch die Verlautbarungsfunktion der Bevollmächtigung erzeugte latente Scheinvollmacht anzunehmen, die in dem Augenblick zu Tage tritt, wo die Willenserklärung modifiziert oder widerrufen wird, die Vollmacht also teilweise oder ganz erlischt. Diese muß, wie wir sahen, erlöschen können, wenn der Geschäftsherr seinen auf Aufhebung gerichteten Willen irgendwie erklärt; eine Erklärung an den Dritten ist nicht nötig. Jetzt wird es aber von Bedeutung, daß durch die Bevollmächtigungserklärung in dem Dritten das Vertrauen auf den Bestand der Vollmacht in dem angegebenen Umfange erweckt worden ist: die Vollmacht zwar erlischt, die Vertretungsmacht besteht aber als Scheinvollmacht fort 10). Mit dieser Konstruktion lassen sich alle Schwierigkeiten am besten lösen. Wir dürfen sie ohne Bedenken für zulässig halten, denn die Vorschriften des Gesetzes decken sich hier mit dem, was wir oben über die Scheinvollmacht gesagt haben: Solange der äußere Tatbestand besteht (§ 170) und solange den Vertretenen die Schuld daran trifft, daß objektiv die Möglichkeit vorhanden ist, auf den dadurch erzeugten Schein zu vertrauen, solange besteht eine auf Scheinvollmacht beruhende Vertretungsmacht; einem Dritten gegenüber, der wußte oder wissen mußte, daß der Schein der Wirklichkeit nicht entsprach, ist die Vertretungsmacht unwirksam (§ 173: besteht keine Vertretungsmacht) 11) 12).

Anders als im § 170 besteht im § 169 die Vertretungsmacht nicht als Scheinvollmacht fort, sondern die Vollmacht wie überhaupt die Vertretungsmacht sind definitiv erloschen. Wird aber das Fortbestehen des Auftrages oder der Geschäftsführungsbefugnis eines Gesellschafters gemäß § 674 oder § 729 fingiert, so ist damit nach § 168 notwendig verbunden eine Fiktion des Fortbestandes der

9) De lege ferenda wäre es in der Tat die beste Lösung, wenn die Vorschrift des § 171 lauten würde: „ . . . daß er einen andern bevollmächtige oder bevollmächtigt habe". Vgl. Prot. S. 146, nach denen ein auf diese Fassung hinzielender Antrag nur durch Stichentscheid des Vorsitzenden abgelehnt worden ist. Die Form der Bevollmächtigung durch Erklärung an den Dritten würde bei dieser Fassung überflüssig.

10) Warneyer § 170 a. E.; im Ergebnis auch Oertmann § 170, Erl. 2.

11) Der Wortlaut des § 173 ist insofern ungenau, als der Dritte das Erlöschen nicht der Vertretungsmacht, sondern der Vollmacht kennt oder kennen muß. Daraus läßt sich aber kein Argument dafür entnehmen, daß die Scheinvollmacht überhaupt keine Vertretungsmacht sei; vgl. unten § 9.

12) Für überflüssig wird § 170 von v. Seeler a. a. O. 39 gehalten; de lege ferenda fällt er natürlich mit der zweiten Alternative des § 167 fort. Auf jeden Fall sind, wie Isay a. a. O. 222 richtig bemerkt, die Worte „diesem gegenüber" überflüssig.

intern erteilten Vollmacht 13). Da in Wahrheit die Vollmacht erloschen ist, bedarf es weiter keiner Erklärung, daß der Dritte ihr Erlöschen kennen kann oder kennen muß. Die Fiktion besteht nur dem Vertreter gegenüber; ihre Folge ist, daß es so angesehen wird, als habe dieser noch Vollmacht. Durch Rechtsgeschäfte, die er im Namen des Vertretenen mit einem Dritten abschließt, wird also der Vertretene gebunden. Das Motiv für die Fiktion ist das Bedürfnis, den gutgläubigen Vertreter vor der Haftung aus § 179 und vor Ansprüchen des Vertretenen zu schützen; der Schutz selbst aber hat seinen rechtlichen Grund eben in der Fiktion, die sich aus § 168 I vb. mit den §§ 674 und 729 ergibt. Es ist also nicht richtig, wenn behauptet wird, daß § 169 den Schutz des gutgläubigen Vertreters bezwecke 14). Inwiefern § 169 mittelbar den gutgläubigen Dritten schützen soll 15), ist gar nicht einzusehen. Von einem besonderen Schutz des Dritten kann keine Rede sein; daß dieser Rechte gegen den Vertretenen hat, ist einfach eine Folge der Fiktion einer Vollmacht 16). Es ist richtig, daß die Ansprüche des Dritten gegen den Vertreter aus § 179 fortfallen, wenn der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. In der Bestimmung des § 169, daß einem solchen Dritten gegenüber die fingierte Vollmacht nicht wirkt, deshalb nichts weiter zu sehen als eine harmonische Uebereinstimmung mit § 179 15), das erscheint etwas oberflächlich. § 169 hat einen guten Sinn; er bezweckt nämlich den Schutz des Vertretenen. Wenn kein Bedürfnis besteht, den Vertreter zu schützen, weil er wegen Bösgläubigkeit des Dritten diesem nicht haftet, dann wird der sich allein aus § 168 I vb. mit § 674 und § 729 ergebende Schutz des Vertreters aufgehoben und der Vertretene gegen die Wirkungen der Fiktion geschützt. § 169 sagt also nicht, daß der Vertreter, sondern daß dann, wenn der Vertreter keines Schutzes bedürftig sei, der Vertretene geschützt werde! Der Inhalt der Vorschrift liegt in den Worten: „. . . wirkt sie nicht zugunsten eines Dritten . . .". Sie ist nichts anderes als ein im Interesse des Vertretenen geschaffenes Gegengewicht gegen die Fiktion einer Vollmacht.

Die Bevollmächtigung durch öffentliche Bekanntmachung, deren Möglichkeit anerkannt werden muß 17), entspricht in ihrem Wesen und in ihrer Bedeutung vollkommen der Bevollmächtigung durch besondere Erklärung an einen bestimmten Dritten 18); für sie gilt also alles das, was zu dieser zu sagen war.

---

13) Für die Fortdauer der Vollmacht Oertmann § 169, 1; anders v. Seeler, der auch hier eine Scheinvollmacht annimmt.

14) Doch scheint das allgemeine Ansicht zu sein. Vgl. Oertmann § 169, 3; Flatau a. a. O. 768 ff; Goldberger a. a. O. § 11.

15) So Goldberger a. a. O. § 11.

16) vgl. Enneccerus § 174 a. E.

17) Oertmann § 167, 1a; v. Tuhr S. 380.

18) Nur daß die Vollmacht jedem beliebigen, nicht nur einem bestimmten Dritten gegenüber besteht.

§ 7. Die durch Kundgebung der Bevollmächtigung erzeugte Scheinvollmacht.

Der Bevollmächtigung durch Erklärung an den Dritten stellt das Gesetz die Mitteilung von einer durch Erklärung an den Vertreter vorgenommenen Bevollmächtigung gegenüber. Daß diese Unterscheidung unzweckmäßig ist, haben wir schon erwähnt. Der Geschäftsherr wird oft die Form der Erklärung gebrauchen, wo er nur mitteilen wollte, und noch häufiger die Form der Mitteilung gebrauchen, wo er erklären wollte, weil er sich des logischen Unterschiedes zwischen Erklärung und Mitteilung nicht bewußt ist. Nach dem Grundsatz des § 133 ist nicht die Form des Ausdruckes entscheidend, sondern der wirkliche Wille zu erforschen. Wird festgestellt, daß der Geschäftsherr bevollmächtigen wollte, obwohl er die Form der Mitteilung gewählt hat, so haben wir es mit einer durch Erklärung an den Dritten gemäß § 167 erteilten Vollmacht zu tun, für deren Beendigung § 170 gilt 1). Entsprach dagegen die Form der Mitteilung dem Willen des Geschäftsherrn 2), so ist zu unterscheiden zwischen einer richtigen und einer unrichtigen Mitteilung. Es ist z. B. denkbar, daß der Geschäftsherr mit Absicht die Form einer schriftlichen Mitteilung wählte, weil er sich vornahm, alsbald nach Absendung der Mitteilung der darin als bevollmächtigt bezeichneten Person durch eine an sie gerichtete Erklärung Vollmacht zu erteilen, diesen Vorsatz dann aber aus irgendeinem Grunde nicht ausgeführt hat. Hier wie in allen anderen Fällen, in denen bewußt die Form der Mitteilung gewählt worden ist, die Mitteilung aber den Tatsachen nicht entspricht, muß man ihr gemäß § 171 eine konstitutive Bedeutung zuschreiben: trotz ihrer Unrichtigkeit und obwohl der Geschäftsherr nicht bevollmächtigen will, erhält die darin bezeichnete Person Vertretungsmacht 3).

Das Gesetz geht in § 173 offenbar davon aus, daß die Mitteilung richtig ist. Soweit sich diese Vorschrift auf § 171 bezieht, hat Rosenberg 4) also recht, wenn er behauptet, daß § 173 eine notwendig neben der auf der Kundgebung beruhenden Vertretungsmacht hergehende, durch eine Erklärung an den Vertreter begründete

---

1) Praktisch ist es natürlich gleichgültig, ob man eine auf § 167 oder eine auf § 171 beruhende Vertretungsmacht annimmt; theoretisch aber müssen wir unterscheiden. Merkwürdig ist, daß das Gesetz in § 170 von einer Anzeige vom Erlöschen und in § 171 von einem Widerruf spricht; umgekehrt wäre es richtiger.

2) Nur von solchen Fällen handeln wir in diesem Paragraphen; für Fälle anderer Art gelten die oben in § 6 gemachten Ausführungen.

3) Oertmann § 171, 1a, *a*, *ββ*, *dd*; Planck § 171, 4; v. Tuhr S. 382; nicht ganz korrekt Goldberger a. a. O. 39 f. Nach Romeick a. a. O. 126 soll die Kundgebung notwendig Willenserklärung sein.

4) a. a. O. 586 ff. Anm. 1.

Vollmacht voraussetze 5). Insoweit lassen sich auch die Ausführungen, mit denen er für die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 173 auf den ersten Absatz der §§ 171, 172 6) kämpft, verteidigen. Er behauptet nämlich, daß § 173 nur die Fälle regeln wolle, in denen tatsächlich eine auf einer Bevollmächtigung beruhende Vertretungsmacht vorhanden gewesen sei, und von dem Erlöschen dieser Vollmacht rede. An die Fälle, in denen es an einer solchen Vollmacht fehle, die Vertretungsmacht also nur aus § 171 folge, sei bei § 173 gar nicht gedacht worden; deshalb dürfe dieser Vorschrift kein argumentum e contrario gegen die Möglichkeit ihrer analogen Anwendung auf solche Fälle und insbesondere auf die Entstehung der Vertretungsmacht in solchen Fällen entnommen werden.

Damit hat Rosenberg aber noch nicht die Berechtigung einer analogen Anwendung bewiesen, und eben diese Berechtigung können wir nicht anerkennen. Es ist bekanntlich viel darüber geschrieben und gestritten worden. Von den Gründen, die vorgebracht worden sind für die Auffassung, daß nur bei Gutgläubigkeit des Dritten eine Vertretungsmacht infolge der Kundgebung entstehe, fallen besonders die Gründe v. Seelers ins Gewicht 7). Er meint, man dürfe das Schweigen des Gesetzes an der entscheidenden Stelle nicht zu einem argumentum e contrario ausbeuten, das ein den allgemein im Gesetz anerkannten Rechtssätzen widersprechendes Ergebnis liefere. Wo eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen zugelassen werden solle, da müsse sie sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben 8). Andererseits führt Oertmann 9) beachtenswerte Gründe an, die eine verschiedene Behandlung hinsichtlich des Entstehens und des Erlöschens, wie sie sich nach dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, rechtfertigen sollen. Den entscheidenden Grund dafür entnehmen wir Planck-Flad 10): Mit dem Erlöschen jeder Vertretungsmacht irgendwann einmal ist erfahrungsgemäß zu rechnen; es muß sich also jeder darauf gefaßt machen. Man braucht aber nicht damit zu rechnen, daß eine vom Vollmachtgeber mit besonderem Nachdruck abgegebene Erklärung der Wahrheit nicht entspricht, sondern muß sich auf sie verlassen können. Aus diesen Gründen ist eine analoge Anwendung des § 173 auf das Entstehen der Vertretungsmacht für unzulässig zu erachten.

---

5) In den Fällen des § 170 kann dagegen, wie wir sahen, keine Rede davon sein. Der Fehler, den Rosenberg macht, liegt darin, daß er das Erlöschen der auf § 167 und der auf § 171 beruhenden Vertretungsmacht gleichzeitig behandelt und über einen Leisten schlägt; er wird entschuldigt dadurch, daß auch das Gesetz ihn macht.

6) Mit dieser Streitfrage müssen wir uns hier deshalb beschäftigen, weil ihre Beantwortung für die rechtliche Konstruktion der §§ 171, 172 wichtig ist.

7) a. a. O. 41 ff. Vgl. das scharf zugespitzte Beispiel S. 43.

8) Für die Beschränkung ferner Planck 3. Aufl. § 167, 3; Goldberger a. a. O. 86; Hupka a. a. O. 226 f.; Kipp a. a. O. 217; RGE 108, 125.

9) § 173, 1. S. ferner Biermann a. a. O. 117; Zitelmann a. a. O. 122.

10) § 173, 3.

Hat der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht positiv gekannt, so setzt man sich, wenn man dieses Ergebnis uneingeschränkt der Entscheidung zugrundelegt, allerdings in Widerspruch zu allgemein anerkannten Rechtssätzen und in einen unerträglichen Widerspruch zu den Forderungen der Billigkeit. Um das zu vermeiden, darf man aber nicht den § 173 analog anwenden, sondern man muß den Ausweg eben in der Anwendung allgemeiner Rechtssätze suchen. Die richtige Lösung findet sich wieder bei Planck-Flad: Bei positiver Kenntnis des Dritten davon, daß eine Vollmacht nicht zustandegekommen war, nützt es den Dritten nichts, wenn er sich auf die Kundgebung beruft, denn der in Anspruch genommene Vertretene kann ihm hier den Einwand der Arglist entgegensetzen 11). Was — z. B. nach der Praxis — schon bei einem dem Dritten erkennbaren Mißbrauch der Vollmacht gelte, das müsse erst recht bei der Anmaßung einer Vollmacht gelten. Anders als die positive Kenntnis sei dagegen die fahrlässige Unkenntnis zu behandeln. M. E. ist eine fahrlässige Unkenntnis hier überhaupt nicht denkbar; da die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eine Nachprüfung dieser vom Vollmachtgeber „mit besonderem Nachdruck abgegebenen Erklärung" nicht verlangt 12), kann derjenige, der sie unterläßt, überhaupt nicht fahrlässig handeln. Jedenfalls scheint uns das Ergebnis, zu dem Pland kommt, allein der Billigkeit zu entsprechen und theoretisch wohl begründet zu sein. Damit werden auch die Argumente v. Seelers hinfällig, und sein Beispiel kann in seinem Sinne entschieden werden 13).

Wir wenden uns zur rechtlichen Konstruktion der Vorschrift des § 171. Auch dann, wenn eine Vollmacht in der Tat erteilt worden war, geht von vornherein nebenher eine auf der Kundgebung beruhende Vertretungsmacht. Ihre Existenz offenbart sich dann, wenn die Vollmacht fortfällt, ohne daß der Dritte davon benachrichtigt wird. Fehlt es an einer Bevollmächtigung, war die Mitteilung also unrichtig, so beruht die Vertretungsmacht von Anfang an nur auf der Kundgebung. Die Frage, welcher Art diese Vertretungsmacht sei, hat man verschieden beantwortet. Daß die Kundgebung de lege lata nicht einfach mit der Bevollmächtigung durch Erklärung an den Dritten identifiziert werden kann, bedarf weiter keiner Ausführungen. Man hat von „vollmachtähnlicher Vertretungsmacht", die in Wahrheit aber Vertretungsmacht kraft Gesetzes sei, gesprochen 14); oder man sagt, die Vertretungsmacht beruhe hier auf einer Handlung, durch die kraft Gesetzes Vertretungsmacht erzeugt werde, die aber

11) Weshalb er sich auch nicht auf eine ihm gegenüber erklärte Bevollmächtigung berufen können soll (so Planck), vermögen wir allerdings nicht einzusehen.

12) Zur Frage, wann und wieweit für den Dritten eine Erkundigungspflicht besteht, vgl. oben § 4 Anm. 12.

13) Wie Planck-Flad: RGR § 171, 1; Warneyer § 173; Enneccerus § 171 Anm. 13.

14) Zitelmann a. a. O. 121.

gleichwohl als Vollmacht bezeichnet werde, weil sie der auf Rechtsgeschäft beruhenden Vollmacht sehr nahe stehe 15). Wir können bei unserer Auffassung vom Wesen der gesetzlichen Vertretungsmacht nicht zugeben, daß es sich hier um eine solche handelt; auch Rosenberg 16) rechnet die hierher gehörigen Fälle der gewillkürten Stellvertretung zu, von seinem Standpunkt aus ebenfalls konsequent. Mit der Vorstellung, daß die durch die Kundgebung geschaffene Legitimation keine echte Vertretungsmacht, sondern eine bloße Reflexwirkung des guten Glaubens sei 17), können wir uns nicht befreunden.

Es bleibt uns nur die Möglichkeit, auch diese Vorschrift mit Hilfe des Begriffs der Scheinvollmacht zu erklären. Für den zweiten Absatz ist das ohne weiteres möglich; das Gesetz stimmt hier vollkommen mit den von uns entwickelten Anschauungen überein. Die Vertretungsmacht weist hier die Eigentümlichkeit der Scheinvollmacht auf, daß ein Dritter, dessen Unkenntnis der wahren Sachlage auf Fahrlässigkeit beruht 18), sich nicht auf sie berufen kann. Anders steht es mit der Bedeutung des ersten Absatzes; auf ihn ist, wie wir sahen, § 173 nicht anwendbar. Oertmann, der den zweiten Absatz für einen Fall der Scheinvollmacht hält 19), trennt deshalb hier die Vorschriften über das Erlöschen und über das Entstehen und meint, daß hinsichtlich des Entstehens von einer Scheinvollmacht keine Rede sein könne, weil Gutgläubigkeit des Dritten nicht verlangt werde, es sich also nicht um eine bloße Schutzbestimmung zum Schutze des guten Glaubens handele 20). Ueber dieses Bedenken kann sich v. Seeler deshalb hinwegsetzen, weil er die Vorschrift des § 173 auf den Fall der Entstehung der Vertretungsmacht für entsprechend anwendbar erklärt 21). Wir dagegen, die wir mit Oertmann eine analoge Anwendung des § 173 für unzulässig halten, müssen uns mit diesem Bedenken auseinandersetzen.

Auch dann, wenn man im Gegensatz zu uns dem Dritten das Recht gibt, sich auf die Kundgebung zu berufen, obwohl er ihre Unrichtigkeit positiv kannte, muß man die durch die Kundgebung erzeugte Vertretungsmacht als Scheinvollmacht ansehen. Man könnte das dann damit rechtfertigen, daß man sagt, es handele sich hier um einen gesetzlich geregelten Fall der Scheinvollmacht. Das Gesetz hat diesen Fall herausgegriffen und ihn nicht nach der Schablone behandelt, sondern mit einer rechtlichen Besonderheit ausgestattet. Diese Besonderheit kann uns aber nicht hindern, ihn dogmatisch als einen Fall der Scheinvollmacht aufzufassen. Wir haben wiederholt gesehen, daß die

15) v. Tuhr S. 382 f.

16) a. a. O. 540.

17) Wellspacher a. a. O. 87; Staudinger § 171, 2.

18) Fast immer wird dann sein Verschulden größer sein als das des Geschäftsherrn (man erinnere sich daran, daß wir für diesen Fall eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens verlangen).

19) § 171, 2e.

20) § 171, 1a β.

21) a. a. O. 36.

Tatsache, daß das Gesetz irgendeine Regel für ein Rechtsinstitut aufstellt, kein Anlaß sein kann, das ganze Institut deshalb für gesetzlich zu erklären; man muß sich immer noch die Mühe machen zu untersuchen, was das Wesen der Vorschrift und wie sie systematisch einzuordnen sei. Das Wesen der durch die Kundgebung erzeugten Vertretungsmacht als Scheinvollmacht wird nicht dadurch berührt, daß sie mit einer rechtlichen Besonderheit ausgestattet ist. Ja man könnte diese besondere Regelung des Gesetzes sogar durchaus billigen. Denn es handelt sich hier um einen ganz krassen Fall der Scheinvollmacht: es besteht nicht nur ein gewöhnlicher objektiver Tatbestand, sondern der Geschäftsherr selbst weist nachdrücklich auf den Schein der Vollmacht hin und versichert damit, daß man sich darauf verlassen könne. Die gesetzliche Regelung, die den Dritten jeder Pflicht zur Nachprüfung, auch soweit sie ihm nicht schon durch die Verkehrssitte erlassen wird, enthebt, könnte also wohl berechtigt erscheinen.

Für uns aber, die wir der Ansicht sind, daß jemand, der die Unrichtigkeit der Mitteilung positiv kennt, sich nicht auf diese berufen kann, bedarf es dieser Ueberlegung gar nicht einmal. Wir sahen im ersten Teil der Arbeit, daß ein Dritter, der die wahre Sachlage kennt, sich nicht auf die Scheinvollmacht berufen kann. Wir verlangten, daß dann, wenn seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit beruht, geprüft werde, ob sein Verschulden oder das Verschulden des Geschäftsherrn größer sei. Hier nun, wo dieser so nachdrücklich auf den Schein der Vollmacht hinweist, ist diese Abwägung überflüssig, weil ohne weiteres klar ist, daß das Verschulden des Geschäftsherrn immer überwiegen wird. Ja es ist sogar, wie wir betonten, für uns eine Fahrlässigkeit des Dritten gar nicht denkbar; die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verlangt bei einer Kundgebung nicht, daß er die wahre Sachlage erforsche. Die Vorschrift des Gesetzes erscheint so nur als ein angesichts der Häufigkeit des Falles berechtigter ausdrücklicher Hinweis auf diese bei einiger Ueberlegung sich aus dem Prinzip von selbst ergebenden Folgerungen. Eine Abweichung von dem Prinzip liegt also dann, wenn man dieses so ausgestaltet, wie wir es getan haben, nicht vor.

Freilich ist zu beachten, daß das Gesetz wohl eine schriftliche oder eine unmittelbare mündliche Mitteilung des Geschäftsherrn an den Dritten verlangt; denn nur dadurch wird die Gewähr für Richtigkeit der Mitteilung geboten, in der wir den Grund für den Eintritt der Vertretungsmacht zu sehen haben. Näher auf die Frage einzugehen, ob der Vertreter selbst die Kundgebung oder eine Bevollmächtigungserklärung an den Dritten überbringen könne, müssen wir uns versagen 22). Daß nicht jede ohne Anweisung des Vertretenen gemachte Mitteilung von der Bevollmächtigung eine Kundgebung im Sinne des § 171 darstellt, ist klar. Darüber hinaus scheint uns die Ansicht v. Seelers 23), daß der Vertreter überhaupt nicht durch bloße

22) Vgl. dazu Oertmann § 167, 11; v. Tuhr S 380.

23) a. a. O. 50.

Mitteilung von seiner Bevollmächtigung, auch wenn sie im Auftrage
es Vertretenen geschieht, eine Kundgebung im Sinne des 171
erbeiführen kann, als zutreffend.

Es sei darauf hingewiesen, daß die Kundgebung als Rechtshand-
ung einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften über Willens-
ängel unterliegt. Ein Irrtum über die Richtigkeit der mitgeteilten
atsache kann natürlich nicht als Willensmangel gelten.

Die Kundgebung durch öffentliche Bekanntmachung und die Vor-
egung einer dem Vertreter vom Vertretenen ausgehändigten Voll-
achturkunde durch den Vertreter stehen nach positiver Gesetzes-
orschrift der besonderen Mitteilung gleich. Es gilt also für sie
asselbe wie für diese. Von den Besonderheiten, die sich ergeben, sei
ur die Frage hervorgehoben, ob einmalige Vorlegung der Urkunde
enügt oder ob sie jedesmal von neuem vorgelegt werden muß.
Wenigstens de lege ferenda erscheint die Ansicht von Hupka richtig,
aß die Urkunde jedesmal „im Zuge der konkreten Geschäftshandlung
orgelegt werden muß" 24). Unzweifelhaft ergibt sich aus dem Gesetz,
aß sie ausgehändigt sein muß; die Vorlegung einer gestohlenen oder
bhandengekommenen Urkunde kann keine Vertretungsmacht herbei-
ihren 25). Die Ansicht von Isay 26) und v. Seeler 27) ist also
lsch, trotz der de lege ferenda beachtenswerten Begründung von
. Seeler.

---

§ 8. Rechtfertigung des Prinzips der Scheinvollmacht aus dem Gesetz.

Der Gang unserer Erörterung war der, daß wir rein dogmatisch
en Begriff der Scheinvollmacht aufstellten und abgrenzten, die Vor-
ussetzungen für die Annahme einer Scheinvollmacht und ihre Wir-
ungen darlegten, einige Bemerkungen über ihren Umfang und ihre
Dauer machten und dann die §§ 167—173 BGB unter dem Gesichts-
unkt des so gewonnenen Begriffs betrachteten. Wenn wir jetzt den
achweis bringen wollen, daß das Prinzip der Scheinvollmacht aus
en Vorschriften des geltenden Rechtes sich ableiten läßt, also den
achweis der Gesetzmäßigkeit eines von uns aus dem Wunsche heraus,
inem Verkehrsbedürfnis Rechnung zu tragen, aufgestellten Prinzips,
ann müssen wir unsere bisherigen Ausführungen für einen Augen-
lick vergessen und die einschlägigen Vorschriften des Gesetzes unvor-
ingenommen betrachten.

24) a. a. O. 173 u. 433. So auch Goldberger a. a. O. 59; Staudinger
172, 5.

25) Oertmann § 172, 1c a; Wellspacher a. a. O. 85 Anm. 19.

26) a. a. O. 239.

27) a. a. O. 40 f.

Da sehen wir denn, daß das Gesetz in zahlreichen Fällen dann, wenn irgendeine Situation geschaffen ist, die darauf hinweist, daß eine Person für eine andere Vertretungsmacht habe oder daß beide zueinander in einem Verhältnis stehen, mit dem gewöhnlich eine Vertretungsmacht der einen für die andere verbunden ist, eine Situation, bei der man im Verkehr ohne weiteres voraussetzt und vorauszusetzen berechtigt ist, daß hier eine Vertretungsmacht vorhanden sei, und im Vertrauen darauf mit der Person, der man Vertretungsmacht zuschreibt, als dem Vertreter der andern in deren Namen in rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt, daß in solchen Fällen das Gesetz vorschreibt, es solle eine Vertretungsmacht angenommen werden, auch wenn in Wahrheit keine Vollmacht vorliegt. Solche Gesetzesvorschriften sind die §§ 170—173, 370, 701 II BGB, 56 und 86 II HGB, 15 GBO. Der Inhalt der §§ 170—173 ist uns bekannt. Bei § 370 ist zu beachten, daß nicht notwendig eine Vertretungsmacht des Ueberbringers der Quittung vorzuliegen oder anzunehmen sein braucht; dieser kann in eigenem Namen oder als Bote auftreten 1). Doch umfaßt § 370 zweifellos auch die Fälle, in denen er als Vertreter auftritt. Außerdem gilt hier die Besonderheit, daß die Quittung nicht ausgehändigt zu sein braucht; der Schuldner wird auch dann befreit, wenn sie gestohlen war. In § 701 II ist die Rede von Leuten eines Gastwirts, die den Umständen nach als dazu bestellt anzusehen sind, Sachen der Gäste entgegen zu nehmen. In den Vorschriften des HGB handelt es sich um Fälle, in denen gewöhnlich eine wirkliche Vollmacht der Angestellten und der Handlungsagenten zu den dort angegebenen Geschäften vorhanden ist, weil die Tätigkeit, zu der sie durch Dienstvertrag verpflichtet sind, allein oder doch zu einem wesentlichen Teile eben in der Vornahme dieser Geschäfte im Namen des Geschäftsherrn besteht und sie deshalb dazu bevollmächtigt werden.

Man mag sagen, daß alle diese Vorschriften eine vermutete Vollmacht enthalten. Der Ausgangspunkt für diese gesetzlichen Bestimmungen ist darin zu sehen, daß hier in der Regel tatsächlich eine Vollmacht vorhanden ist; die vom Gesetz statuierte Vertretungsmacht steht also der Vollmacht sehr nahe. Sie ist aber so ausgestaltet worden, daß das für die echte Vollmacht wesentliche Willensmoment zurücktritt, daß von ihm sogar ganz abgesehen wird. Die Vertretungsmacht besteht völlig unabhängig vom Willen des Vertretenen. Weil es sich hier ferner nicht um einen einzelnen Fall, sondern um ein größeres Gebiet gleichartiger Fälle handelt, lohnt es sich, nicht bei dem Gedanken der Rechtsvermutung stehen zu bleiben, sondern sie auf ein besonderes Prinzip zurückzuführen, für das wir die Bezeichnung Scheinvollmacht gebrauchen wollen. An die Stelle des Willensmomentes tritt überall irgend ein äußerer Tatbestand, ein objektives Moment: die Mitteilung von der Bevollmächtigung, die Vollmachtsurkunde, die Quittung, die Stellung eines Handlungsagenten oder eines Angestellten. Auf diesem äußeren Tatbestande beruht der Schein

1) Biermann a. a. O. 93; Staub Anh. zu § 58 Anm. 45.

der Vertretungsmacht; deshalb dürfen wir in ihm die Grundlage der Scheinvollmacht sehen. Schließlich spielt in den wichtigsten Vorschriften des BGB das Verschulden eine wesentliche Rolle, so daß auch dieses bei der Gestaltung des Prinzips herangezogen werden muß.

Die einzelnen Bestimmungen lassen sich, wie wir sehen, auf ein gemeinsames Prinzip zurückführen: überall handelt es sich darum, daß durch einen äußeren Tatbestand der Schein einer Vollmacht hervorgerufen wird, weil in der Regel mit diesem Tatbestande eine Vollmacht verbunden ist, und daß das Gesetz diesen Schein mit rechtlicher Wirksamkeit ausstattet, auch wenn trotz des Tatbestandes keine Vollmacht vorhanden ist. Wir haben ausführlich dargetan 2), daß und wie bei der Anwendung dieses Prinzips ein auf der einen oder andern Seite vorliegendes Verschulden zu beachten ist.

Es liegt nahe, nachdem man das Prinzip aus den einzelnen Vorschriften des Gesetzes abstrahiert hat, es als allgemeines Rechtsprinzip anzuerkennen und deshalb solche Fälle, die nicht unter eine der einzelnen Bestimmungen, wohl aber unter das Prinzip fallen, gemäß diesem Prinzip zu behandeln 3). Man wird, wie v. Seeler 4) sagt, hier wie überall, wo das Gesetz kasuistisch regelt, zu analogieren geneigt sein, und zwar möchten wir uns hier wie Goldberger 5) und v. Seeler der Rechtsanalogie bedienen, d. h. alle einschlägigen Vorschriften des Gesetzes heranziehen, um aus ihnen ein allgemeines Prinzip abzuleiten und dann den Einzelfall mit dessen Hilfe zu entscheiden. Im Gegensatz dazu versuchen Rümelin 6) und Wellspacher 7) die hierher gehörigen Fälle im Wege der Gesetzesanalogie zu entscheiden. Wenn man das will, dann erscheint die von Wellspacher vorgeschlagene Analogie zu § 172 geeigneter als die von Rümelin vorgeschlagene zu § 171, weil die Vorstellung einer stillschweigenden Kundgebung „ein etwas gewaltsamer Gedankengang ist".

Während wir der Ansicht sind, daß die Bestimmungen des Gesetzes als Ausfluß eines einheitlichen Prinzips erscheinen, will v. Tuhr 8) aus der Tatsache, daß das Gesetz nur einzelne Fälle ausdrücklich hervorgehoben hat, ein argumentum e contrario gegen die Gültigkeit des Prinzips entnehmen; er meint, daß diese Vorschriften überflüssig seien, wenn sich dieselbe Entscheidung schon aus dem Prinzip ergebe. Diese Auffassung dürfte sich kaum halten lassen. Denn einmal wird der Gesetzgeber das Prinzip nur deshalb nicht ausgesprochen haben, weil er sich seiner nicht bewußt war, und einzelne Fälle, die besonders leicht zu erfassen waren oder besonders dringend als einer Regelung bedürftig erschienen, vielleicht intuitiv geordnet haben. Dann sind wir, wenn wir das Prinzip erfaßt haben und wenn wir sehen, daß

2) Oben § 4.
3) Goldberger a. a. O. 76; Regelsberger a. a. O. 290 ff.
4) a. a. O. 36 f.
5) a. a. O. § 8 Anm. 12.
6) a. a. O 301.
7) a. a. O. 100.
8) S. 395 Anm. 118.

die Fülle des Lebens mit den einzelnen Vorschriften nicht bewältigt werden kann, wohl berechtigt, dieses Prinzip als Rechtsprinzip zu betrachten und zu achten. Zum andern sind auch heute die Vorschriften keineswegs alle überflüssig, denn wir sahen, daß sie zum Teil, gerade weil sie besonders eindringliche Fälle zum Gegenstand haben, eine so oder so geartete Abweichung vom Prinzip bringen und so dafür sorgen, daß dieses nicht erstarrt, sondern sich den Bedürfnissen des Verkehrs anpaßt. Daß durch eine solche besondere Ausgestaltung das Wesen der Vorschriften, die Möglichkeit und Notwendigkeit ihrer Zurückführung auf das Prinzip und Erklärung durch das Prinzip, nicht beeinflußt wird, haben wir wiederholt betont.

Schließlich könnte man sich an einer Bemerkung von Wellspacher stoßen 9). Er sagt, daß nach dem deutschen BGB die Anerkennung des Prinzips, das er aufstellt, als eines Rechtsprinzips ausgeschlossen sei, weil es in offenem Widerspruch zu der Ordnung dieses Gesetzes über das Verhältnis von Wille und Erklärung stehe. Es darf aber nicht übersehen werden, daß das Prinzip, das Wellspacher aufstellt, viel allgemeiner ist als das, von dem wir hier reden; es beschränkt sich nicht auf die Fälle der Scheinvollmacht, sondern spricht allgemein vom Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand, der die Erscheinungsform irgend eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder anderen rechtlich relevanten Momentes sei. Gewiß bildet die Ordnung des Verhältnisses von Wille und Erklärung eine Belastungsprobe auch für das Prinzip der Scheinvollmacht; aber sie wiegt nicht so schwer, daß die Anerkennung dieses beschränkteren Prinzips ausgeschlossen wäre, denn gerade hier hat das Gesetz selbst diese Ordnung durchbrochen.

Damit glauben wir nachgewiesen zu haben, daß die Scheinvollmacht nicht ein de lege ferenda erstrebenswerter Begriff ist, sondern daß sie notwendig aus dem Gesetz gefolgert werden und deshalb als geltendes Recht anerkannt werden muß.

Schluß.

§ 9. Die Scheinvollmacht als Form der Vertretungsmacht.

In den Ausführungen der Autoren, die für das Prinzip der Scheinvollmacht eintreten, findet sich häufig die Wendung, daß man in den darunter zu subsumierenden Fällen „weder von einer Vollmacht noch auch überhaupt von einer Vertretungsmacht reden könne“ 1).

9) a. a. O. 117.

1) v. Seeler a. a. O. 1 f.; Oertmann § 171, 2e.

Die der Stellvertretung eigentümliche Wirkung soll also nicht deshalb eintreten, weil der Vertreter Vertretungsmacht hatte, sondern wegen des guten Glaubens einer dritten Person. Diese Auffassung, daß die Scheinvollmacht überhaupt keine Vertretungsmacht sei, beruht vielleicht auf der Formulierung, daß nur einem gutgläubigen Dritten gegenüber Scheinvollmacht bestehe. Wir hingegen gingen aus von der Feststellung, daß die Vertretungsmacht als eine Erweiterung der Geschäftsfähigkeit anzusehen und daß damit die Wirkung der Stellvertretung zu erklären sei; wir sagten, daß diese Erweiterung der Geschäftsfähigkeit nicht nur als gesetzliche Vertretungsmacht oder als Folge einer Bevollmächtigung vorkomme, sondern auch immer dann vorhanden sei, wenn ein äußerer Tatbestand und ein Verschulden des Geschäftsherrn in dem oben besprochenen Sinne vorliegen; den guten Glauben des Dritten haben wir nur insoweit herangezogen, als wir das Prinzip dahin einschränkten, daß einem bösgläubigen 2) Dritten gegenüber der Vertreter von seiner erweiterten Geschäftsfähigkeit keinen Gebrauch machen könne. Wir begründen also den Eintritt der der Stellvertretung eigentümlichen Wirkung nicht mit dem guten Glauben des Dritten, sondern mit einer „Macht" des Vertreters, mit seiner rechtlichen Fähigkeit, diese Wirkung herbeizuführen. Es steht also nach unserer Auffassung dem nichts im Wege, die Scheinvollmacht für eine Erscheinungsform der als Vertretungsmacht bezeichneten erweiterten Geschäftsfähigkeit zu halten. Als selbständige Form der Vertretungsmacht tritt die Scheinvollmacht neben die Formen der Vollmacht und der gesetzlichen Vertretungsmacht.

Alle Unklarheiten des Gesetzes 3) und alle andern Schwierigkeiten, mit denen die Lehre von der Vertretungsmacht zu kämpfen hat, lassen sich m. E. am besten dann lösen, wenn man nicht mehr an der Zweiteilung in Vollmacht und gesetzliche Vertretungsmacht festhält, sondern dem System der Lehre die drei Formen der gesetzlichen Vertretungsmacht, der Vollmacht und der Scheinvollmacht zugrundelegt.

---

2) Dieser Ausdruck ist natürlich ungenau. Wann der Scheinvollmacht die Wirksamkeit versagt bleibt, darüber siehe im einzelnen oben § 4.

3) Wir haben schon darauf hingewiesen, daß es ungenau ist, wenn das Gesetz in § 173 vom Erlöschen der Vertretungsmacht spricht; gemeint ist das Erlöschen der Vollmacht. Es geht nicht an, auf diese ungenaue Fassung des Gesetzes die Behauptung zu stützen, daß die Scheinvollmacht überhaupt keine Vertretungsmacht sei. Vgl. oben § 6 Anm. 11; siehe auch oben § 3 Anm. 10.

1926
Buch- und Kunstdruckerei Friedrich Riemann
Wesermünde-Lehe